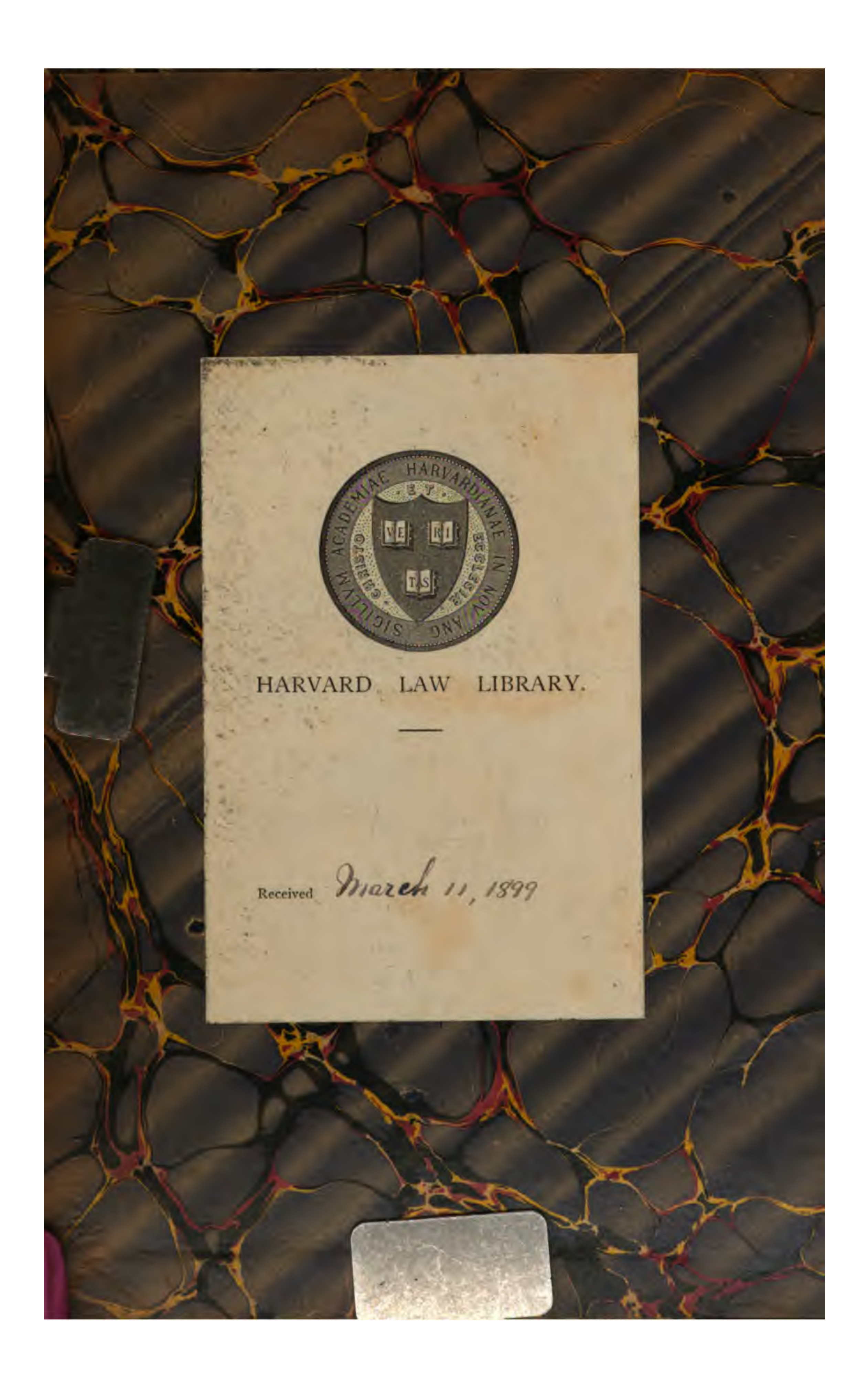

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 368


SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received March 11, 1899



ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

HISTOIRE

DE

LA COMPENSATION

EN DROIT ROMAIN

XXI. — Novembre 1895.

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

De la possession et des actions possessoires, Paris, 1871, Durand et Pedone . . . . 6 fr.

Résumé du cours de droit romain professé à la Faculté de Lyon, Paris, 1883-1884, Larose et Forcel, 2 vol.

T. I . . . . *Epuisé*.

T. II . . . . 5 fr.

Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne, Paris, 1839, Thorin, 2 vol. . . . . 18 fr.

Coup d'œil biographique sur quelques jurisconsultes français du XVIe *siècle; Dumoulin, son rôle en Suisse; Cujas*, Paris, 1874, Durand et Pedone . . . . 1 fr.

Etude sur les sponsores, etc., épisode d'une lutte entre la plèbe et le patriciat au VIe *siècle de Rome*, Paris, 1876, E. Thorin. . . *Epuisé*.

De la condition résolutoire dans les stipulations et de la stipulation préposlère, Paris, 1879, Larose . . . . *Rare*.

Des droits du vendeur à livrer dans la faillite de l'acheteur, Paris, 1887, A. Rousseau . . . . 2 fr.

Les sources des Institutes de Justinien, Paris, 1891, Thorin. . . . 2 fr.

De la méthode dans l'enseignement du droit, Paris, 1891, A. Colin. — Larose. . . . . 2 fr.

De la situation sociale et politique des femmes dans le droit moderne, Paris, Thorin, 1892. . . . . 1 fr.

Lyon. — Imp. Pitrat Aîné, A. Rey Succ., 4, rue Gentil. — 11297

France

ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

HISTOIRE

DE

LA COMPENSATION

EN DROIT ROMAIN

PAR

Charles Louis
C. APPLETON

Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

PARIS

G. MASSON, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE L'ACADÉMIE DE MÉDECINE

120, Boulevard Saint-Germain

—

1895

Rec. March 11, 1899

PRÉFACE

Mon premier mot doit être un remercîment à ceux dont l'intelligente libéralité a doté les *Annales* qui publient ce mémoire : le Ministre de l'Instruction publique et la Société des amis de l'Université lyonnaise.

C'est un grand honneur pour cette étude que de prendre place dans les Annales de notre Université, à côté d'œuvres d'une portée plus haute ou d'un intérêt plus actuel, dues à tant de savants renommés.

Elle n'y a d'autre titre que la somme de travail dépensée pour la produire.

Commencée il y a quatorze ans, elle a été abandonnée pour d'autres travaux plus étendus peut-être, mais moins hérissés d'énigmes, puis reprise, puis abandonnée encore en désespoir de cause. Les solutions obtenues ne satisfaisaient point ; on n'aboutissait qu'au doute.

C'est qu'il est malaisé de se faire une conviction dans cette obscure matière. Nos sources ne sont pas pures, elles ont été systématiquement altérées au sixième siècle ; autant faire de la géologie dans des terrains remaniés !

Des travaux tout récents sur la critique des textes, particulièrement ceux de Lenel, ont enfin permis d'arriver

à des conclusions plus fermes, en fournissant des matériaux plus sûrs.

A l'ère des *conciliations* — définitivement close, il faut l'espérer — succède aujourd'hui l'ère des *interpolations*, selon la fine remarque de Bertolini. C'est le triomphe de la méthode historique.

Mais, pour dégager complètement les sources de ces altérations systématiques, il fallait commencer par se rendre un compte exact des procédés des compilateurs et de leur valeur intellectuelle. Heureusement les travaux récents de Gradenwitz, d'Eisele, d'autres encore, en Allemagne et en Italie, ont rendu cette tâche relativement aisée.

C'est seulement après ces études préliminaires qu'on pouvait aborder le problème.

Sur le sujet en lui-même, on trouvait d'ailleurs une littérature abondante et de premier choix.

Chez nous, citons d'abord les mémoires de MM. Desjardins et Lair, dont le tact juridique a su s'abstenir de tant d'erreurs ou de systèmes aventureux. Les traités généraux aussi fournissaient un utile appoint : il y aurait ingratitude à ne pas rappeler ici les vues pénétrantes d'Ortolan, dont l'intelligence géniale devinait si bien l'esprit des institutions romaines, et les remarques aussi précises que judicieuses d'Accarias. M. Saleilles enfin mettait à notre portée un document tout imprégné de droit romain, le projet de Code civil sur les obligations pour l'Empire d'Allemagne.

Dans ce pays, outre les précieuses découvertes de Lenel sur la *compensatio* du banquier et la *deductio* du *bonorum emptor*, nous trouvions les monographies magistrales de Dernburg, d'Eisele, l'érudite dissertation d'Ubbelohde, etc.

En Italie, Ferrini, malgré quelques dissidences, nous a grandement aidé à connaître Théophile et sa paraphrase ; sur un autre point, une savante dissertation de Gandolfo nous a rendu aussi d'utiles services, bien que nous n'ayons pu en adopter les conclusions.

En Hollande, les vues fines et originales de Naber ont toujours quelque chose de suggestif, même quand on n'ose pas le suivre dans ses hardiesses.

Voilà mes guides.

Si donc sur quelques points, comme le rescrit de Marc-Aurèle et certaines constitutions impériales trop oubliées, la manière de concevoir l'évolution de la compensation diffère des interprétations antérieures, au fond, ce qu'il peut y avoir de neuf dans cette étude est vraiment peu de chose au regard de ce qu'elle doit à ces maîtres, et à bien d'autres.

Les conclusions auxquelles nous arrivons sont très simples, c'est ce qui nous persuade qu'elles sont vraies ; le lecteur décidera.

BIBLIOGRAPHIE (1)

HASSE, *Ueber die Compensation und ihre Liquidität*, dans *Archiv für civil. Praxis*, t. VII (1824), p. 145 et suiv.

BETHMANN-HOLLWEG, *Beitrag zur Lehre von der Compensation*, dans le *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, I, 1827, p. 257 et suiv.

KRUG, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1833.

FUHR, Compte rendu du livre précédent, dans les *Jahrbüchern des ges. deutsch. jurist. Litteratur*, t. XXVII, 1836, p. 109 et suiv., 217 et suiv.

HARTTER, *Das römisch-deutsche Recht der Compensation*, München 1837.

FRÉDÉRIC DURANTON, *Revue de droit français et étranger*, t. III, 1846, p. 787 et suiv.

(1) Pour les ouvrages antérieurs au XIXe siècle, nous renvoyons à Ubbelohde qui en cite beaucoup en note, surtout à propos de l'*ipso jure compensatur*. Depuis la découverte des Commentaires de Gaius, ces vieux traités ont perdu beaucoup de leur importance; mentionnons seulement d'après Eisele : TYNDARUS, *Tractatus notabilis et utilis Domini Tyndari... in materia compensationum*, et *Sebastiani* MEDICIS, *Tractatus de compensationibus*, ces deux ouvrages imprimés à Francfort en 1574 sous le titre de : *Tractatus duo de compensationibus;* PETRI BEJOLI *Disputatio de compensationibus* dans le *Thesaurus* de Meermann, IV, p. 729 et s.; DONNEAU, *Comm. jur. civ.*, livre XVI, chapitre XV; MAESTERTIUS, *Tractatus tres*, Lugd. Batav. 1539 (faute d'impression pour 1639); le second traité est relatif à la compensation.

BRINZ, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1849.

v. SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts*, t. I, Erlangen 1853.

BRINZ (J.-B.), *Noch einmal « ipso jure compensari »*, dans les *Jahrbüchern* de Bekker et Muther, I (1857), p. 24 et suiv.

UBBELOHDE, *Ueber den Satz « ipso jure Compensatur »*, Göttingen, 1858.

PILETTE, *Revue historique*, t. VII, 1861, p. 13 et suiv.

LAIR, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, 1862.

ASHER, *Die Compensation im Civilprocess des klassischen röm. Rechts*, Berlin, 1863.

ALBERT DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, 1864.

DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neueren Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, 2e édition, Heidelberg, 1868. La première édition avait paru sous un titre un peu différent en 1854.

SCHWANERT, *Die Compensation nach röm. Recht*. Festschrift zu Huschke's Doctor Jubiläum, Rostock, 1870.

THÉZARD, *De la Compensation par voie de déduction en droit français*, *Revue critique*, 1871, p. 561-576.

EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876.

BRINZ, Compte rendu de l'ouvrage d'Eisele, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, 1877, t. XIX, p. 321-349.

ECK, Compte rendu de l'ouvrage d'Eisele dans *Jen. lit. Zeitung*, 1877, p. 307.

LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (que nous désignerons par l'abréviation Z. S. S.) 1883, t. IV, R. A., p. 112 et suiv.

STAMPE, *Das Compensationverfahren im vorjustinianischen str. jur. Judicium*, Leipzig, 1886.

Eisele, Compte rendu de l'ouvrage de Stampe dans *Vierteljahresschrift*, t. X, 1887, p. 37-41.

Gandolfo (Enrico), *La efficacia delle eccezioni parziarie, nella procedura civile romana classica*, *Archivio giuridico* 1887, p. 79-187. Cet article a inspiré une thèse de doctorat qui en reproduit les doctrines : Garnot, *Des exceptions partielles en droit romain classique*, Lyon, 1894.

Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, dans le Bulletin de la Société de législation comparée, 1889, p. 203 et suiv., et en volume séparé Paris, 1890, p. 41, nos 55 et suiv.

Chenevière, *Histoire de la Compensation, jusques et y compris le rescrit de Marc-Aurèle* (thèse de Lyon), Lyon, 1892.

Naber, *Observatiunculæ de jure romano*, dans *Mnemosynes bibliothecæ philologicæ batavæ*, vol. XXI, 1893, p. 28 à 55, 127 à 148 et 331 à 338.

Lippmann, *Zur Lehre von der Compensation nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs*, dans *Ihering's Jahrbücher*. N. F. t. XX, 1893 p. 157-261.

HISTOIRE

DE

LA COMPENSATION

EN DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

COUP D'ŒIL GÉNÉRAL SUR LE SUJET. — MÉTHODE

1. Le droit et l'équité. — **2.** La question que soulève la compensation; vicissitudes de cette institution. Coup d'œil sur la littérature française sur ce sujet. — **3.** Avantages et inconvénients de la compensation. — **4.** Hostilité du droit romain ancien contre la compensation, motivée par le principe d'analyse qui domine toute la procédure. Utilité de l'analyse. — **5.** Principe : chaque question doit faire l'objet d'un procès distinct; la procédure force les plaideurs à présenter au juge la difficulté tout analysée. — **6.** Coup d'œil sur la manière dont le droit romain à son apogée a su, en matière de compensation, donner satisfaction à l'équité sans encourager la chicane. — **7.** Les constitutions impériales, en facilitant trop la compensation, suscitèrent de nombreux abus que Justinien essaya de corriger en exigeant la liquidité. Mais il brouilla tout en décidant que la compensation aurait lieu désormais *ipso jure*. — **8.** Difficultés de cette matière, dues à ses transformations historiques et à l'altération systématique des textes par les compilateurs. — **9.** Pour arriver à reconnaître ces altérations, il est nécessaire de se faire une idée exacte de la capacité de leurs auteurs et du degré de soin qu'ils ont apporté à leur œuvre. — **10.** Leurs corrections sont irréfléchies en la forme, exemple : Inst. I, 2 pr., comparé à L. 1 § 3, D. *De justicia et jure*, 1, 1. — **11.** Elles le sont aussi au fond, exemple : L. 24, pr., D. *De pigneraticia actione*, 13, 7. — **12.** Quelles sont en particulier la valeur intellectuelle, la science et l'attention montrées par Théophile? Importance de cette question pour apprécier la valeur de son témoignage sur le rescrit de Marc-Aurèle en matière de compensation. — **13.** Théophile est bien l'auteur de la paraphrase des Institutes. C'est le cours qu'il a professé en 533-534. — **14.** Exemples d'erreurs grossières, d'étourderies énormes qui ne sauraient être imputées

à un auditeur ayant mal rédigé ses notes, mais au maître lui-même : Paraphrase, II, 15, § 2; II, 1, § 26; IV, 10, pr. — 15. Au surplus, des distractions analogues se rencontrent même dans les parties du texte des Institutes qui sont l'œuvre personnelle des compilateurs, ici de Théophile ou de Dorothée; exemples : Inst. 1, 10, § 13; III, 28, § 2, comparé à Gaius III, § 165. Renvoi quant aux exemples tirés de la matière même de la compensation (Inst. IV, 6, §§ 30 et 39, comparés à Gaius, IV, 61). — La Paulienne *in rem*, le « *sane uno casu* » s'expliquent aisément quand on connaît les compilateurs. — 16. Conclusion : médiocrité intellectuelle, ignorance et précipitation des compilateurs, y compris Théophile. Leur témoignage ne peut être pris en considération pour servir à l'histoire de la compensation, qu'autant qu'il porte sur le droit de leur époque et sur des dispositions matérielles, non sur leur interprétation scientifique. — 17. Quant au droit antérieur, les seules bases solides pour notre étude sont les commentaires de Gaius et les renseignements que les compilateurs nous ont transmis *par inadvertance*, par conséquent sans altération. Les Institutes, le Digeste, le Code, et même les Sentences de Paul conservées dans la loi visigothe, sont suspects ou peu sûrs.

1. — L'histoire de la compensation est l'un des épisodes les plus intéressants de la lutte entre le droit et l'équité, ces deux enfants rivaux de la justice.

Le droit, l'équité... on les oppose tous les jours l'un à l'autre, et pourtant on se heurte à des difficultés quand on veut préciser les différences qui les séparent.

Il s'agit de deux règles des actions humaines, l'une rigide, l'autre plus souple.

Le droit s'occupe peu des individus : l'œil fixé sur le but social qu'il se propose d'atteindre, il ne tient pas compte des êtres isolés qu'il renverse et parfois qu'il broie sur sa route. Pas plus qu'une pesante machine, il ne peut s'écarter de la voie qui dirige sa course. C'est aux particuliers de se garer, et, s'ils veulent s'en servir, c'est à eux de se trouver à l'heure dite et au point fixé.

L'équité, elle, se dérange pour les individus, se met à leur portée; la règle qu'elle édicte se plie aux circonstances, mais sa route plus sinueuse est aussi plus difficile à connaître et à suivre.

Combiner les deux principes, ce serait l'idéal, mais dans

quelle mesure? Voilà l'écueil! Souvent on se laisse aller à forcer la dose d'équité, et les avantages que l'on recherche, on les paie alors trop cher.

Le danger auquel on s'expose, ce n'est pas seulement de laisser trop de latitude au juge et de livrer ainsi carrière à son caprice, mais encore et surtout de favoriser la chicane, de donner une prime à la mauvaise foi. Ce n'est pas toujours une marchandise loyale qui s'abrite sous le pavillon de l'équité, il s'en faut de beaucoup, et le premier soin du malhonnête homme, c'est de mettre les apparences de son côté.

On sait le conseil de la ménagère normande à son mari : « Dis-lui ; coquin ! le premier. » L'honnête homme ne songe pas à se ménager les preuves de sa bonne foi, et ses protestations indignées ne suffisent pas à convaincre un juge que l'expérience a rendu sceptique. Le fourbe a tissé à loisir la trame d'un roman où la vérité et le mensonge savamment entremêlés forment un tout vraisemblable, appuyé de preuves apparentes. L'équité complique, voilà le danger.

Le droit strict, malgré le préjugé vulgaire, donne moins de prise à la chicane ; c'est un instrument plus grossier. il est vrai, mais aussi moins facile à fausser.

2. — Un débiteur peut-il se refuser à exécuter, en tout ou partie, l'obligation dont il est tenu, lorsqu'il se trouve lui-même créancier de son créancier?

Telle est la question à résoudre.

Entre l'interdiction absolue de la compensation et son admission sans conditions, il y a une large carrière ! Ballottée entre ces deux points extrêmes, comme entre deux écueils, par le flux et le reflux des législations, l'institution que nous étudions ici a passé par bien des phases, depuis la trop grande rigueur jusqu'à la trop grande facilité.

On a souvent entrepris de raconter l'histoire de ces vicissitudes. Pour ne parler en ce moment que des publications françaises, en 1862, M. Lair (1), en 1864, M. Desjardins, dans un livre plus complet et vraiment fort remarquable (2), ont suivi l'institution jusqu'à l'époque contemporaine.

Je n'ai pas l'ambition de remplir un aussi vaste programme, et me bornerai à la partie romaine du travail, sans m'interdire, bien entendu, les rapprochements avec les législations anciennes et modernes, et, en particulier, avec notre Code civil. D'ailleurs, cela suffit pour faire un gros volume. La compensation en droit romain a donné lieu à tant de travaux, surtout à l'étranger, depuis cette époque, que cette partie du livre de M. Desjardins n'est plus au courant de la science et demande à être refondue ou complétée. L'exégèse des textes, c'est-à-dire la base même de l'édifice, est à reprendre en sous-œuvre, et à refaire presque entièrement. Cette tâche accomplie, s'appuyant sur un terrain plus solide, on peut essayer de rendre à l'évolution de la jurisprudence romaine en cette matière sa véritable physionomie, qui est en vérité fort simple. On peut notamment tenter de débarrasser la science de toutes les subtilités imaginées pour expliquer

(1) Lair (A.-E.), *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le Droit romain et le Droit français ancien et moderne*, Paris, Durand, 1862.

(2) Desjardins (Albert), même titre, Paris, Durand, 1864. On peut regretter toutefois que les travaux allemands sur la matière n'aient pas été consultés par ces auteurs. Ils ne citent que les ouvrages généraux de Savigny et de Vangerow; pourtant on verra à la bibliographie que d'importantes monographies, notamment la première édition de Dernburg, avaient déjà paru en Allemagne à cette époque. Un assez grand nombre de thèses de doctorat ont été écrites chez nous sur ce sujet; la seule qui marque un progrès, la seule qui soit sortie du cercle tracé par MM. Lair et Desjardins, c'est celle de M. Chenevière (Lyon, 1892) inspirée, quant au fond des idées, par l'enseignement de notre Faculté. L'auteur lui a donné une forme très personnelle et très heureuse.

certain rescrit de Marc-Aurèle, et de remettre ce rescrit à la place fort modeste qu'il doit occuper dans l'histoire de la compensation.

3. — Donnons sans plus tarder un aperçu du problème qui se pose dans toutes les législations.

Admettre le défendeur à se soustraire à l'exécution de ses obligations en se prévalant, sous quelque forme que ce soit (1), des engagements de son adversaire, en un mot, lui permettre d'invoquer la compensation, cela présente des avantages, mais aussi des inconvénients.

Des avantages. D'abord, on termine ainsi deux procès par un seul et même jugement. Cela ne demande, en général, ni autant de temps ni autant de frais que pour les juger séparément, car il est rare qu'il n'y ait pas entre les deux affaires quelque point commun (ne fût-ce que la moralité des parties) sur lequel il suffira d'avoir une fois éclairé le juge chargé de statuer sur les deux litiges.

En second lieu, quand on se trouve en présence d'un défendeur trop loyal pour résister par des chicanes à une réclamation bien fondée, tandis que son adversaire, dépourvu de tels scrupules, conteste de mauvaise foi la demande reconventionnelle, on s'expose, en séparant les deux instances, à sacrifier les intérêts du plus honnête des deux plaideurs.

Enfin, et surtout, la partie qui aura la première obtenu sentence se fera payer tout d'abord ; plus tard, condamnée à son tour, qu'arrivera-t-il ? De deux choses l'une : ou elle paiera — et alors à quoi bon ce double transport d'espèces qui reviennent à leur point de départ? — ou bien, devenue

(1) Je veux dire : soit en alléguant la compensation légale, telle que notre Code la conçoit, soit en formant une demande reconventionnelle.

insolvable, elle ne paiera pas, et alors est-il équitable de laisser le défendeur exposé à ce danger (1)?

Mais voici le revers de la médaille :

D'abord, admettre des demandes en compensation, c'est soustraire le demandeur — devenu ainsi reconventionnellement défendeur — à ses juges naturels, pour le soumettre à ceux du défendeur, devant lesquels il a dû porter la demande principale en vertu du principe : *actor sequitur forum rei.* Or, l'avantage d'être jugé par le tribunal de son domicile ne consiste pas seulement à éviter un déplacement, qui ici est tout opéré, mais encore à plaider devant des gens dont on est connu, dont on sera cru si l'on a derrière soi un passé honorable dont ils ont été témoins, enfin on bénéficie de la sympathie qui s'attache toujours à l'homme du pays en litige avec l'étranger.

Mais il y a un inconvénient plus grave encore. Admettre la demande en compensation, c'est permettre à quantité de plaideurs n'ayant aucune défense plausible à opposer à la demande, de retarder pendant fort longtemps peut-être la sentence qui devrait les frapper tout de suite, en invoquant des créances dont la vérification paraît d'abord facile, mais qui, retardée ensuite par des incidents soulevés avec adresse, recule à mesure qu'on croit en approcher.

La demande reconventionnelle! voilà le moyen dont la chicane, féconde en expédients, sait le mieux user pour éterniser un procès.

4. — Le droit romain, à ses débuts (2), semble redouter

(1) L. 3, D. h. t., *Pomponius, lib.* 25 *ad Sabinum : Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*

(2) Moritz Voigt, qui a bien voulu rendre compte de la thèse de M Chenevière dans le *Berliner philologische Wochenschrift*, numéro du

particulièrement ce danger. D'ailleurs, les demandes reconventionnelles ou en compensation heurtent de front un principe qui domine toute la procédure à cette époque, et qui lui imprime un caractère distinctif : j'ai nommé le principe d'analyse. Il convient d'insister un instant sur ce point.

Le caractère fondamental de la procédure romaine depuis son origine jusqu'à l'adoption complète de la procédure extraordinaire, c'est en effet l'analyse (1).

Pour résoudre les contestations, la procédure commence par les analyser en leurs éléments simples.

De nos jours le juge qui veut s'assurer de bien juger

2 septembre 1893, lui reproche dè n'avoir pas suffisamment élucidé la question de la compensation dans les *arbitria*, à l'époque des actions de la loi. Notre travail méritera sans doute bien plus encore ce reproche, car nous ne voyons guère autre chose à faire ici qu'exercer l'*ars nesciendi*. Nous verrons au chapitre II, § 7, que dans les formules de louage d'ouvrage composées par Caton, il y a des clauses de compensation conventionnelle, et, dans l'*arbitrium ex empto vendito* (voy. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 598 et suiv.), s'il a existé, il ne me paraît pas douteux que l'arbitre, jouissant d'un pouvoir discrétionnaire (Sénèque, *De benef.*, III, 7), pouvait et devait tenir compte des créances réciproques. On croit qu'un *arbitrium rei uxoriæ* aurait précédé l'action *rei uxoriæ* (Cuq, *op. cit.*, p. 493 et suiv.). Cette action aurait alors emprunté la plupart de ses particularités à l'*arbitrium* d'où elle découlerait. On sait qu'elle admet des rétentions, notamment *propter impensas*, *propter res amotas*, c'est-à-dire à raison de créances reconventionnelles, au moins naturelles. Il y a là une sorte de compensation dont l'arbitre ancien tenait aussi probablement compte.

Dans l'*arbitrium familiæ erciscundæ*, je ne doute pas que l'arbitre ne pût et ne dût tenir compte des obligations réciproques nées à raison de l'indivision : jouissance exclusive des fruits, dégradations commises, etc. Quant aux créances nées de son *arbitrium* même (soultes des lots) j'hésite. Voy. plus bas, chap. II, § 7.

Les renseignements nous manquent complètement sur l'action de la loi appelée : *per judicis* (*arbitrive*) *postulationem*.

En résumé, s'il y a quelque chose à dire sur la compensation à cette époque reculée, il faut en laisser le soin aux savants qui ont fait des études spéciales sur le droit romain des premiers temps, comme l'éminent auteur de « *Die XII Tafeln* ».

(1) Voy. R. von Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, t. IV, p. 10 et suiv.

doit diviser intellectuellement les difficultés juridiques qui naissent d'un cas donné, et résoudre séparément chacune de ces questions. S'il ne se livre pas à ce travail, s'il cherche à résoudre *grosso modo* et en bloc une question compliquée, il n'en aura qu'une idée vague, une impression superficielle, et sa solution demeurera nécessairement imparfaite.

Chez nous, l'éducation juridique du juge est la seule garantie de cette analyse, garantie souvent insuffisante, qui ouvre la porte toute grande à l'arbitraire de l'équité individuelle, variable avec les personnes, avec les saisons, avec les heures!

Souvent chez nous, les tribunaux statuent *en gros*, sur des impressions : grave danger! le talent de l'avocat, les dispositions momentanées du juge prennent alors une importance prédominante.

Ce danger grandit encore quand on admet le défendeur à faire valoir des prétentions qui ne sont pas la négation directe de celles du demandeur et qui soulèvent des questions nouvelles. Sur une question déjà complexe, peut-être, vient alors se greffer un nouveau procès; les données du problème se multiplient et se compliquent; le danger des solutions en gros, des cotes mal taillées, des jugements superficiels s'accroît énormément. L'analyse exacte de chacune des difficultés pourrait seule mener à une solution juste pour l'ensemble, mais cette analyse, comment contraindre le juge à la faire? *Quis custodiet custodes?*

5. — Le droit romain a résolu le problème d'une façon fort élégante, comme on dit en mathématiques. Ne pouvant pratiquement forcer le juge à cette analyse indispensable, il a pris le parti de la lui présenter toute faite, en obligeant les plaideurs à l'opérer eux-mêmes avant de soumettre leur litige à la justice.

En effet, l'idée fondamentale de la procédure civile romaine, depuis les origines les plus reculées jusqu'à la fin du régime formulaire, se résume en deux mots : une question, un procès (1).

Chaque procès ne doit soulever qu'une seule question ; le demandeur ni le défendeur ne peuvent mêler aucun élément étranger à la solution de cette question unique. S'il s'en élève d'autres, elles feront l'objet d'autant de procès distincts.

La procédure civile romaine ne s'applique qu'à des litiges simples, non à des questions complexes ; pour les soumettre à la justice, il faut commencer par les analyser (2).

Ce qui contraint le plaideur à cette analyse, c'est qu'aucun litige ne peut venir devant le juge si ce n'est sous la forme d'une action existante, d'une action ayant une formule connue, déterminée. Ces actions ne sont pas, comme chez nous, des formes élastiques s'appliquant à tout *negotium juris ;* elles ne peuvent renfermer qu'un contenu déterminé. Pour employer la comparaison d'Ihering (3), il faut que le droit, s'il veut descendre dans l'arène judiciaire, revête l'armure de l'action ; il faut donc qu'il en ait juste la mesure, et l'on doit en retrancher tout ce qui ne pourrait entrer dans ce vêtement inflexible.

Il n'y a pas d'*action*, en général, mais un certain nombre

(1) Rudolf von Ihering, *op. et loc. cit.*

(2) Cette analyse ne se présente pas seulement dans la procédure. Avant toute contestation, le droit romain l'opère dans les actes juridiques qui donnent naissance aux droits. Un seul acte juridique ne peut, en principe, produire à la fois deux effets de droit distincts. Chez nous la vente transfèrera la propriété et créera des obligations. Chez les Romains, nous trouvons des actes distincts pour arriver à ces deux effets ; la stipulation, et même la convention sans formes spéciales, dans certains cas, créeront des obligations ; pour transférer la propriété, il faudra recourir à d'autres actes, la mancipation, la tradition.

(3) *Op. et loc. cit.*

d'*actions*. Chacune d'elles n'est que l'expression d'une demande simple. Donc, si ma prétention a pu se revêtir de cette forme, c'est à la condition de constituer une demande simple. Si ma prétention est complexe, il me faut tout d'abord la décomposer en un certain nombre de prétentions simples, d'*actions* existantes. Ainsi analysée, elle acquiert une extrême précision, elle devient une ébauche de jugement : *rem Auli Agerii esse ; Aulo Agerio dare oportere*. Cette observation s'applique à toutes les actions à *intentio certa*.

Les actions à *intentio incerta*, les actions de bonne foi, sont beaucoup plus récentes (1). Mais là encore la prétention du demandeur, exprimée par l'*intentio* très compréhensive : *quidquid ob eam rem dare facereve oportet ex fide bona*, ne reste pas dans le vague. La *demonstratio* vient préciser l'*ea res* dont il s'agit, en telle sorte que sont seulement soumises au juge les difficultés naissant du *negotium juris* mentionné par son nom technique dans cette *demonstratio*, de tel ou tel contrat de vente par exemple ; tous les autres rapports juridiques pouvant exister entre les parties demeurent exclus.

« *Jurisconsulti sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur*. » « Souvent les jurisconsultes fractionnent à l'infini ce qui ne constitue qu'une notion unique. » Si l'on voulait jouer sur les mots et prendre *cognitio* dans son sens juridique, on pourrait traduire en ces termes : « les jurisconsultes souvent fractionnent à l'infini ce qu'on pourrait renfermer dans une seule instance. » Bien entendu ce serait prêter à Cicéron. Mais l'idée serait juste.

Au surplus, appliqué à la procédure, le reproche de

(1) Cicéron les appelle *judicia sine lege*, *arbitria honoraria ; honoraria*, c'est-à-dire œuvre des magistrats, des préteurs.

Cicéron ne serait fondé que si la jurisprudence romaine avait dans ses divisions et ses subdivisions perdu de vue le but à atteindre ; mais il n'en est rien.

Sénèque, parlant de la procédure, nous donne une idée exacte de la méthode suivie :

« *Illud enim video in hoc foro fieri : separantur actiones, et de eo agimus, et de eo nosbicum agitur. Non confunditur formula si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit ; et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi. Lex legi non miscetur ; utraque sua via it : depositum habet actionem propriam, tum mehercule ! quam furtum.* »

« Devant nos tribunaux, voici le spectacle auquel nous assistons : toutes les actions restent distinctes et séparées. On nous actionne sur un point : nous ripostons par une action portant sur un autre point. On ne réunit pas les formules, et si quelqu'un, après m'avoir confié un dépôt, vient à me voler, j'intenterai contre lui l'action de vol et lui contre moi celle de dépôt. Un droit ne vient pas se mêler à un autre droit, chacun suit sa voie propre ; le dépôt soulève un procès et le vol en provoque un autre. »

6. — Avec une procédure si fortement imbue du principe d'analyse, on peut être assuré que les demandes reconventionnelles ne seront pas vues d'un œil indulgent. Cependant l'équité parle souvent bien haut en leur faveur. Comment éviter ici le double écueil d'encourager la chicane ou de violer l'équité ?

Voici comment le droit romain, à l'époque de son apogée, avait résolu cette difficile question.

S'agit-il d'un contrat de bonne foi, c'est-à-dire synallagmatique, créant, au moins éventuellement, des obligations de part et d'autre, alors la compensation est admise en faveur de toutes les obligations nées du même contrat.

Le contrat forme un tout indivisible (1), qui doit être soumis dans son entier à l'appréciation du juge : le vendeur qui n'a pas livré toute la marchandise, ou qui l'a livrée dans de mauvaises conditions, n'a pas droit à la totalité du prix. Le montant de la condamnation est toujours ici laissé à la libre appréciation du juge.

S'agit-il, au contraire, de contrats de droit strict, la compensation demeure prohibée. Que le défendeur intente, s'il le veut, et devant le magistrat compétent, une action distincte, elle ne retardera en rien la solution de l'instance dirigée contre lui.

Ce principe reçoit cependant exception dans deux cas :

Premièrement, lorsque la compensation demandée ne consiste que dans une opération d'arithmétique à faire, une soustraction dont les éléments sont dès à présent fixes et certains. Il ne s'agit que de comparer deux pages du livre d'un banquier et d'établir la balance. Alors, en effet, il n'y a à craindre ni chicanes, ni retardement.

Dans le second cas, ces dangers sont à redouter, il est vrai, mais on passe outre, pour éviter un plus grand mal. Voici l'hypothèse : le demandeur en état de faillite se trouve représenté au procès par celui à qui son patrimoine a été adjugé aux enchères. Si la compensation est prohibée, si le défendeur doit payer intégralement sa dette, il ne pourra plus ensuite se faire payer de sa créance qu'en monnaie de faillite ; il ne touchera qu'un dividende. On ne peut pas lui dire, à celui-là : en vous interdisant la compensation, votre droit reste réservé ; non ! son droit serait alors sacrifié !

Dans ces deux derniers cas, il faudra par un mécanisme spécial de la procédure, donner au juge le pouvoir de tenir compte de la prétention reconventionnelle, car le

(1) *Quia unus contractus est*, L. 9, § 1, D. *De compensationibus*, 16, 2.

principe de l'unité et de la simplicité de question règne souverainement dans l'action de droit strict. Dans le cas de l'action de bonne foi, nous avons vu que le juge, en vertu de l'équité qui forme la base de l'action, est investi du pouvoir de tenir compte des demandes reconventionnelles nées *ex eadem causa*. Aucun expédient de procédure n'est alors requis.

D'ailleurs, dans les trois cas, aussi bien dans celui de l'action de bonne foi que dans les deux autres, la question de savoir si la compensation est recevable ne peut jamais provoquer de discussion. Car le droit à la compensation repose sur des faits constants dès avant le procès.

En effet, s'il s'agit d'une action de bonne foi, celle de vente par exemple, le droit d'opposer certaines créances en compensation est proclamé par la nature même de l'action ; il se limite, d'ailleurs, à un petit nombre de prétentions, celles qui naissent *ex eadem causa ;* le juge n'a pas à sortir du contrat de vente qui lui est soumis ; le principe d'unité et de simplicité de question est encore sauvegardé.

Dans les autres cas, c'est un banquier qui poursuit le recouvrement de son compte, c'est l'adjudicataire des biens d'un insolvable qui réclame les créances dues au failli ; la qualité du demandeur étant de notoriété publique, toute difficulté sur la question de savoir si la compensation est admissible se trouve écartée dès l'abord.

7. — Mais voici que l'équité va faire éclater sur plus d'un point le cadre, parfois un peu étroit, où le droit strict renfermait la jurisprudence romaine, et, comme il arrive souvent, la réaction dépasse le but.

Et d'abord l'exception de dol fut invoquée dans des cas, analogues à celui de l'*argentarius*, où il y avait mauvaise foi évidente à ne pas admettre la compensation. C'est le cas du créancier d'une somme d'argent déterminée, débi-

teur lui-même, en vertu d'une cause incontestable, d'une créance portant aussi sur une somme déterminée.

Le fameux rescrit de Marc-Aurèle visait sans doute une hypothèse de ce genre.

Dans ces limites, l'innovation restait anodine, mais là ne s'arrêta pas, malheureusement, l'œuvre de la législation impériale en matière de compensation.

Des constitutions qui jouent en notre matière un rôle extrêmement important, qui en forment en quelque sorte la clef, et qui pourtant sont restées presque inaperçues des commentateurs (1), ouvrirent la porte toute grande à la chicane en interdisant toute exécution de la sentence principale, avant que ne fût rendu le jugement sur la demande reconventionnelle. Une fois les droits des parties liquidés en argent, la compensation n'est plus qu'une soustraction qui s'impose.

On conçoit sans peine les abus qui suivirent.

Justinien entreprit de les corriger en exigeant que la créance reconventionnelle fût liquide, sans quoi le juge devait la réserver pour un examen séparé, et statuer dès à présent sur la demande principale. Réforme très louable assurément.

Mais Justinien (2) a eu la malencontreuse idée de déclarer que la compensation s'opérerait désormais *ipso jure*, voulant peut-être par là effacer toute trace des moyens de procédure variés par lesquels elle s'opérait du temps des jurisconsultes classiques. Il croyait sans doute tout simplifier ; mais comme il reproduisait en même temps au Digeste et au Code nombre de textes classiques qui ne

(1) L. 1 § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8.

(2) L. 14, C. *De compensationibus*, 4, 31. Il va sans dire que toutes ces réformes, avec leurs mérites et leurs défauts, sont l'œuvre de Tribonien et de ses acolytes. Justinien pourtant a parfois personnellement mis la main à la tâche, cela est certain, voyez la constitution *Tanta circa*, L. 2, § 11, C. *De veteri jure enucleando*, 1, 17.

s'accordaient guère avec cette doctrine, malgré les interpolations plus ou moins adroites qu'on leur avait fait subir, il n'aboutit qu'à compliquer singulièrement les choses et à léguer aux commentateurs du droit romain des tortures infinies.

8. — Les difficultés légendaires de ce sujet proviennent principalement des altérations profondes qu'ont subies les textes de l'époque formulaire. Ces altérations elles-mêmes ont été nécessitées par les transformations successives de la compensation. Bien avant Justinien, elle s'était modifiée plus profondément qu'on ne le croit en général, et, à vrai dire, du tout au tout.

Jadis la compensation était invoquée comme moyen de défense, sans que le défendeur se portât reconventionnellement demandeur. Mais quand, par les constitutions dont nous venons de parler, on eut donné libre essor aux demandes reconventionnelles, quand on leur eut assuré cet effet exorbitant de suspendre toute exécution de la sentence sur la demande principale, il en résulta un moyen si commode de faire opérer la compensation, même quand on ne se trouvait pas dans les cas rigoureusement limités par les procédés de l'ancienne jurisprudence, que ces procédés s'éclipsèrent devant le moyen nouveau.

En un mot, la *reconvention* absorba la *compensation!*

Justinien entreprit de les séparer de nouveau et de réserver aux créances liquides le domaine de la compensation. Il voulut aussi que la compensation s'opérât *ipso jure*.

On comprend aisément que des changements si graves aient motivé de nombreuses et importantes *interpolations*, puisque c'est ainsi que l'on nomme les modifications que les compilateurs ont fait subir aux textes.

Il y a donc lieu de soumettre à une critique très sévère les documents qui nous ont été transmis par Justinien, et

de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire leur témoignage sur l'état du droit à l'époque classique. A ce point de vue on peut dire que l'exégèse est à refaire.

Mais ce n'est pas seulement à l'égard des compilations de Justinien que la méfiance s'impose. Nous venons de dire que bien avant cet empereur l'institution s'était transformée. Dans bien des cas, en effet, les procédés par lesquels s'opérait la compensation étaient intimement liés au système formulaire et ne pouvaient lui survivre. Or, que reste-t-il des formules au début du VIe siècle, au moment, par exemple, où les Visigoths inséraient dans le Bréviaire d'Alaric un abrégé des Sentences de Paul? Par conséquent, les Sentences de Paul elles-mêmes, qui nous ont été transmises par la loi des Visigoths, sont sujettes à caution. Si sobres d'interpolations qu'aient pu être les compilateurs de ce recueil, connu aussi sous le nom de Bréviaire d'Alaric, ils ne pouvaient laisser subsister les traces d'un mécanisme formulaire suranné, oublié, devenu même à peu près inintelligible à leur époque ; à tel point que dans l'Épitome des commentaires de Gaius qu'ils ont incorporé dans leur recueil, le quatrième livre consacré aux actions a été complètement supprimé. Et puis, dès avant la *lex romana*, les Sentences n'avaient-elles pas déjà subi des abréviations, des retouches? C'est ce que nous aurons à rechercher (1).

Quant aux renseignements historiques fournis par les compilateurs byzantins qui ont composé l'œuvre législative de Justinien, nous verrons que, là encore, une extrême circonspection est requise.

Celui qui veut retracer l'histoire de la compensation en droit romain doit donc commencer par choisir avec soin ses matériaux et ne saurait user de trop de prudence dans

(1) Cette question sera examinée au chapitre V.

ce choix. En effet, si les données prises pour base ne sont pas tout à fait exactes, l'induction qu'on est obligé d'appeler à son aide pour combler les lacunes laissées par les témoignages, et qui joue nécessairement un grand rôle dans toute théorie de la compensation, ira s'écartant toujours de plus en plus du droit chemin pour aboutir peut-être aux antipodes de la vérité.

Eh bien! de tous les documents arrivés jusqu'à nous, il n'y en a presque qu'un seul de sûr, c'est le témoignage de Gaius dans ses Commentaires révélés par le palimpseste de Vérone. C'est lui que nous devons prendre pour base de ce travail.

9. — Puisque presque tous les textes qui nous sont parvenus sur la matière ont été retouchés, ou tout au moins ont pu l'être, il est indispensable de rechercher le degré d'intelligence, de science, de réflexion et de soin dont étaient capables les auteurs de ces retouches.

Faut-il voir en eux des esprits profonds, ou des phraseurs pompeux? Connaissent-ils bien cet ancien droit qu'ils retouchent? comprennent-ils au moins les rapports étroits entre beaucoup de solutions classiques et la procédure formulaire? Ou bien, au contraire, n'ont-ils de tout cela que des idées très vagues, où domine l'infatuation byzantine dédaigneuse des subtilités d'antan, et le mépris du praticien pour l'archéologie juridique?

Tournent-ils plusieurs fois la plume entre leurs doigts avant de corriger l'œuvre des maîtres; se donnent-ils au moins le recul de quelques jours, de quelques heures de réflexion pour juger de l'effet? Ou bien, au contraire, procédant avec une rapidité fiévreuse, se laissent-ils emporter par la première apparence d'équité qui vient miroiter à leurs yeux, au risque de commettre d'impardonnables étourderies?

La connaissance de la valeur intellectuelle et des pro-

cédés des compilateurs constitue évidemment une indication précieuse pour retrouver l'original sous la retouche, la fresque ancienne sous le badigeon byzantin : restauration délicate entre toutes !

Dans un palimpseste, sous l'écriture plus récente on retrouve encore les traces mal effacées de l'œuvre antique, on peut souvent revivifier et faire ressortir les vieux caractères. Ici, il faut d'abord reconnaître le passage falsifié, tâche déjà difficile ; quand on y a réussi, tout n'est pas fini, car la retouche biffée, il reste un vide qu'on ne peut combler que par des conjectures.

Réclamer en pareil cas une démonstration rigoureuse, ce serait vouloir transporter dans le domaine de l'histoire les exigences des sciences exactes ; de fortes présomptions doivent nous suffire. Quand les indications fournies par des documents sûrs nous poussent toutes vers une même solution, peu importe que les voies reconnaissables qui semblent bien y mener s'arrêtent et se perdent avant d'aboutir tout à fait au but ; nous n'en devons pas moins admettre la solution qui forme leur point de convergence.

Cette étude de la valeur intellectuelle des compilateurs, si utile dans bien des cas, est ici indispensable, et les courtes observations qui vont suivre, loin de constituer un hors-d'œuvre dans notre travail, en forment au contraire la base essentielle. Si tant de travaux de maîtres éminents, pleins de sagacité et d'érudition, n'ont pu résoudre le problème, c'est précisément pour ne pas s'être fait dès le début une idée nette de la valeur et des procédés des hommes à qui nous avons affaire (1).

(1) Sur la psychologie des compilateurs du Digeste, voyez dans la *Revue Générale de droit*, premier numéro de 1895, p. 37 et suiv., un article de Henri Appleton, et sur leurs procédés, sa thèse de doctorat : *Des interpolations dans les Pandectes*, Paris, Larose, 1895. Voyez en particulier le chapitre v, *Diagnostic de l'interpolation par l'absurdité du fragment*, p. 220-245 et les renvois aux travaux d'Eisele.

Eh bien, pour nous faire une idée de la valeur intellectuelle et des procédés des compilateurs, deux exemples nous suffiront.

10. — Le premier nous est fourni par le début des Institutes de Justinien.

On sait que cet ouvrage élémentaire a été compilé en quelques semaines, après la confection du Digeste et pendant qu'on le recopiait (1), par deux des plus distingués des compilateurs, Théophile et Dorothée, professeurs de droit, l'un à Constantinople, l'autre à Beryte. Chacun d'eux composa probablement deux livres des Institutes sous la superintendance de Tribonien lui-même. Le commencement du titre II du livre I a été emprunté au livre I des Institutes d'Ulpien (2), mais avec une légère modification qui va tout de suite nous éclairer.

Voici les deux textes en regard :

Ulpianus libro I Institutionum.	Inst. I, 2. pr.
Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur, AVIUM QUOQUE COMMUNE EST.	*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium* QUÆ IN CÆLO, *quæ in terra, quæ in mari nascuntur.*

« La loi naturelle, disait Ulpien, n'est pas spéciale au genre humain, elle est commune à tous les animaux qui naissent sur la terre, dans la mer, *comme aussi aux oiseaux*.

Ulpien, quand il a écrit ces mots : « Tous les animaux

(1) Voyez : *Les sources des Institutes* dans la *Revue générale du droit*, 1891, p. 14.

(2) Ce fragment forme au Digeste la L. 1, § 3, *De justicia et jure*, I, 1.

qui naissent *sur la terre*, *dans la mer* »... avait évidemment au bout de sa plume : *ou dans le ciel*, mais il s'est arrêté à temps devant cette absurdité, car s'il y a des animaux qui *circulent* dans le ciel, il n'y en a point qui y *naissent*. C'est pourquoi, rompant brusquement la symétrie de sa phrase, et appelant les oiseaux par leur nom, il a tout simplement ajouté : *avium quoque commune est*.

Mais pour les compilateurs des Institutes, la tentation d'arrondir la période et de polir le style d'Ulpien est vraiment trop forte : ils y succombent à l'instant et écrivent cette phrase harmonieuse et cadencée, mais absurde : « *Que in cælo*, *quæ in terra*, *quæ in mari nascuntur*, » et ainsi tombent en plein sur la malencontreuse expression contre laquelle la tournure même de la phrase d'Ulpien aurait dû les prévenir. Car s'ils eussent écrit de leur propre chef « *quæ in cælo*, *quæ in terra*, *quæ in mari nascuntur* » c'eût été un *lapsus* excusable. Mais commettre cette faute *en corrigeant Ulpien de l'avoir évitée*, c'est, en vérité, une grande étourderie !

11. — L'autre exemple est tiré de notre matière même.

L. 24 pr. D. *De pigner. actione*, 13, 7 (Ulpianus libro XXX ad Edictum, Lenel, Pal. 903).

Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor a Cæsare ut pignus (1) *possideret, idque evictum esset* (2),

(1) Lisez : *fiduciam*, Lenel, Z. R. G., XVI, p. 104 et s , a parfaitement démontré que dans le livre XXX *ad Edictum*, Ulpien parlait de la fiducie, et non du *pignus*, dont il avait déjà traité au livre XXVIII. D'ailleurs, dans notre texte, ce qui montre bien qu'il s'agissait de fiducie, c'est l'expression *ut pignus (fiduciam) possideret*, sans ajouter « *jure dominii* » (comme dans la L. 59, Dig. 36, 1, *Ad Snc. Trebellianum*), ce qui serait pourtant nécessaire s'il s'agissait d'un gage. Le créancier n'en ayant pas la propriété a besoin de demander à l'empereur de la lui attribuer. S'il s'agit de fiducie au contraire, le créancier étant déjà propriétaire de l'objet, n'a qu'à demander à l'empereur la permission de le garder : « *ut pignus (fiduciam) possideret* », comme dit le texte.

(2) Lisez : *eaque evicta esset.*

an habeat contrariam pigneraticiam (1)? *Et videtur finita esse pignoris* (2) *obligatio et a contractu recessum.* [Immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit, et compensationem habere potest creditor si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agatur].

Il s'agissait dans ce texte de fiducie et non de gage ; mais comme cette interpolation-là n'a pas d'importance au point de vue où nous nous plaçons en ce moment, et ne change rien à notre raisonnement, nous la laissons de côté et nous prenons le texte tel qu'il est.

Eh bien ! la partie en italique est seule d'Ulpien, le reste constitue une interpolation.

Mais d'abord, traduisons le texte :

« On m'a posé une question assez délicate : un créancier gagiste avait demandé à l'Empereur la permission de garder définitivement le gage (la fiducie). Il en est évincé. A-t-il l'action pignératice contraire contre le débiteur ? Il semble que les obligations naissant du gage sont éteintes ; on s'est placé en dehors du contrat. »

Cette solution est fort juridique.

Si le créancier, auquel un individu avait donné en gage une chose qui ne lui appartenait pas, s'était vu évincer de cet objet par le véritable propriétaire, avant d'avoir demandé à l'Empereur la permission de garder définitivement l'objet engagé, il eût certainement pu poursuivre celui qui avait constitué le gage par l'action *pigneraticia contraria* (3). Mais le peut-il après s'être fait attribuer le gage par l'Empereur ? Ne s'est-il pas ainsi placé tout à

(1) Lisez : *fiduciæ actionem.*
(2) Lisez : *fiduciæ.*
(3) L. 16, § 1, D. *De pigner. act.*, 13, 7. Ici c'était par l'action *fiduciæ contraria.*

fait en dehors du contrat qui lui eût permis de vendre l'objet, de le vendre même sans garantie (1), et par conséquent de ne point souffrir de l'éviction dont aurait pu être victime l'acheteur à qui il l'aurait vendu ? Mais le contrat ne l'autorisait en aucune façon à garder l'objet en paiement. Remarquez, d'ailleurs, que le créancier perd ici seulement l'action pignératice contre celui qui a constitué le gage, le débiteur ou un tiers, peu importe. Il conserve bien entendu, contre le débiteur l'action qui sanctionnait sa créance, cela va de soi : l'attribution de la chose au créancier par l'Empereur n'a pu de plein droit libérer le débiteur ; il aurait eu seulement une exception, qui naturellement lui manque lorsque le créancier se voit évincé de l'objet. Il s'agit donc, non pas d'enlever toute action au créancier, mais seulement de lui refuser l'action pignératice.

Mais, dans leur précipitation les compilateurs n'ont pas compris ces idées si simples, et le refus de l'action pignératice au créancier évincé les a choqués, ils ont cru que le jurisconsulte lui enlevait tout recours, et se sont empressés de le corriger en ces termes :

« Mais on lui a accordé l'action utile d'achat, comme dans le cas où la chose lui aurait été donnée en paiement, de manière à le satisfaire jusqu'à concurrence du montant de la dette, ou jusqu'à concurrence de son intérêt, et ce créancier pourra invoquer la compensation s'il est actionné par l'action pignératice, ou en vertu d'une autre cause. »

L'interpolation de toute cette seconde partie du texte se prouve par plusieurs raisons :

1° Parce qu'elle sort complètement de la question. On

(1) L. 10, D. *De distract pign.*, 20, 5. De même en cas de fiducie, voyez la *forma fiduciæ*, Girard, *Textes*, 2e éd. p. 739.

demandait à Ulpien si l'*action pignératice* était possible? Cette question-là était délicate *(eleganter);* celle de savoir si le créancier conserve son action personnelle contre le débiteur ne l'est vraiment pas. Tout ce passage n'a donc aucun rapport avec la question posée.

2° Il serait bien singulier de voir un jurisconsulte comme Ulpien ne pas savoir au juste à quel résultat mènera cette *utilis actio ex empto* qu'il accorde : le créancier obtiendra-t-il le montant de sa créance, ou bien l'estimation du préjudice qu'il subit par suite de l'éviction ? Ulpien n'a pas l'air d'être fixé là-dessus (1).

3° L'assimilation du cas d'une concession impériale avec celui d'une *datio in solutum* ne se justifie point.

On comprend qu'on assimile la *datio in solutum* à une vente (2), car il y a consentement du débiteur, mais précisément ce consentement manque ici.

4° La fin du texte surtout trahit l'interpolation :

(1) *Videtur hic Ulpianus dubitare quid in hac actione veniat*, dit Pothier, *Pandectæ* XX, 5, *De distract. pign.* n° 36, note *c*. On pourrait être tenté de dire : le créancier ne pourra jamais obtenir plus que le montant de sa créance, qui formera ainsi le maximum de ce qu'il pourra obtenir sur l'action *ex empto*. Il serait en effet souverainement injuste que le créancier pût obtenir des dommages-intérêts supérieurs à sa créance, et que la situation du débiteur se trouvât aggravée par un fait auquel il n'a jamais consenti, l'appropriation de la chose au profit du créancier. Mais alors Ulpien se serait expliqué plus clairement, il aurait dit par exemple : *ut in quantum ejus intersit ei satisfiat, non tamen ultra modum debiti.* D'un autre côté, l'action *utilis ex empto* mènerait nécessairement à des dommages égaux au préjudice causé par l'éviction, quel qu'il fût; on ne voit pas comment on aurait pu dans le cas présent en restreindre l'efficacité au montant de la dette. Il y a vente ou bien il n'y a pas vente, il faut choisir : s'il n'y a pas vente, le créancier garde l'action de sa créance ; s'il y a vente, il la perd et acquiert en échange l'action *empti*. Mais ce serait lui faire un étrange présent que de lui donner une action *empti* qui ne pourrait jamais lui procurer plus que le montant de sa créance, tout en lui donnant parfois beaucoup moins. Laissez-lui donc l'action de sa créance ! — Tout cela ne peut être d'Ulpien.

(2) L. 4, C. *De evictionibus*, 8, 44 (45)) : *Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* Alexandre Sévère, 212.

« Et ce créancier pourra invoquer la compensation, s'il est actionné par l'action pignératice ou en vertu d'une autre cause. »

Comment le jurisconsulte peut-il supposer que le créancier soit actionné par l'action pignératice, lui qui vient de nous dire que les obligations naissant du gage sont éteintes : « *et videtur finita esse pignoris obligatio* » et de refuser en conséquence au créancier l'action *pigneraticia contraria* malgré l'intérêt qu'il mérite ? Ce n'est pas assurément pour permettre au débiteur, qui n'en mérite aucun, d'intenter l'action *pigneraticia directa !* D'ailleurs, il y a au moins trois autres raisons décisives pour lui refuser cette action :

a) Parce que le créancier est couvert par la concession impériale. Le débiteur ne peut lui demander la restitution de la chose qu'il garde par autorisation de l'Empereur.

b) Parce que, même s'il n'y avait pas eu de concession, le débiteur n'ayant pas payé sa dette ne peut intenter cette action.

c) Parce que, eût-il payé sa dette, l'action ne serait pas mieux fondée. Le créancier en effet, ayant perdu la possession de la chose par une éviction judiciaire, et par conséquent sans aucune faute, ne saurait à aucun point de vue être passible de l'action *pigneraticia*.

Et c'est contre cette action, à laquelle il n'est exposé à aucun titre, que le texte donne au créancier, le droit d'opposer la compensation.

« *Et compensationem habere potest creditor si forte pigneraticia, vel ex alia causa cum eo agatur.* »

Opposer quoi en compensation ? Evidemment la créance qu'il avait contre le débiteur ! Mais opposer une créance en compensation, c'est naturellement la sacrifier, l'éteindre. Notre créancier sacrifierait donc sa créance pour repousser une action à laquelle il n'est nullement exposé, qui n'a

pas le moindre fondement! Il resterait ainsi, ayant sacrifié sa créance et, d'ailleurs, évincé de la chose que l'Empereur lui avait attribuée, en un mot dépouillé de tout: voilà l'avantage qu'on lui fait!

L'auteur de cette phrase monumentale, choqué bien à tort de la solution d'Ulpien, et s'apitoyant sur le sort de ce créancier qui n'avait pas besoin d'aide pourtant, puisqu'il a gardé sa créance, lui a tout d'abord accommodé une action utile *ex empto*. Quel secours lui accorder encore? Après un moyen d'attaque, un moyen de défense: la compensation, par exemple? Oui, c'est équitable, si son débiteur l'attaque par l'action pignératice ou par toute autre : « *vel ex alia causa.* » Allons! cela va bien ; le voilà maintenant bien protégé!

C'est ainsi que notre compilateur, abusé par une vague lueur d'équité, corrige à tort et à travers le texte du maître, si bien qu'il finit par s'embrouiller dans sa propre pensée et par tomber dans l'absurde (1).

(1) Eisele, Z. S. S., 13, p. 136, voit aussi une interpolation dans les mots : *et compensationem .. agetur*. Il signale la mauvaise expression : *compensationem habere potest* (comp.: L. 22, § 1, C., *De furtis*, 6, 2 : *posse furti habere actionem; potest habere furti actionem*). Le style est traînant ; *creditor* était inutile, puisqu'on trouvait précédemment deux fois *ei* et une fois *ejus*, se rapportant à *creditor*. — J'ajouterai au point de vue de la forme le mot *forte*, expression qu'Eisele signale dans le même article, comme un des mots favoris des compilateurs Z. S. S., 13, p. 139.

Naber, *Observatiunculæ de jure romano*, XXXVIII, n'ayant pas remarqué que l'interpolation commence à : *Imo utilis*, veut tirer de ce texte la conclusion que la compensation était admise *ex dispari causa* du temps d'Ulpien, dans les actions de bonne foi. Avec sa hardiesse habituelle, il propose de dire *compensationem* à la place de *contrariam pigneraticiam* au commencement du texte. « Ulpien, dit-il, a été consulté sur le point de savoir si le créancier jouit de la compensation, sa réponse le démontre. » Mais, précisément, il s'agit de savoir si la partie du texte, où il est question de compensation, est d'Ulpien! Et puis c'est un procédé inacceptable que de corriger le texte du Digeste en mettant *compensationem* à la place de *contrariam pigneraticiam* sans aucun motif plausible.

Qu'on ne vienne pas dire que nous corrigeons aussi le texte; nous

12. — Au surplus, il est un de ces compilateurs, et non l'un des moins distingués, que nous connaissons mieux que les autres, c'est Théophile.

Ajoutons que, dans la matière qui nous occupe, l'appréciation de la capacité et du degré de confiance que mérite Théophile en particulier est extrêmement importante, parce que sa paraphase est le seul renseignement que nous possédions sur un rescrit de Marc-Aurèle, mentionné par les Institutes, et auquel on a attribué un rôle très important dans l'histoire de la compensation :

Inst. IV, 6, § 30 : « *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* »

Connaître le degré de confiance que mérite Théophile et son collaborateur Dorothée aurait encore plus d'importance si l'on était sûr que ce passage des Institutes est l'œuvre personnelle des compilateurs, et n'a pas été coupé dans l'une de leurs sources habituelles, par exemple les *Res cottidianæ* de Gaius, où a été prise la presque totalité du titre *De actionibus* aux Institutes (1). Nous reviendrons sur cette question en parlant du rescrit.

13.— Nous avons, pour Théophile, un livre tout entier : sa paraphrase des Institutes.

On a essayé, il est vrai, de contester sa paternité (2) en s'appuyant sur plusieurs motifs.

alléguons une interpolation, chose aussi vraisemblable qu'est improbable la supposition d'une faute grossière dans le texte des Florentines. Il y a un abîme entre les deux : voyez Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 1 et suiv. ; Henri Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 6 et suiv. Enfin, cette interpolation, nous la prouvons, précisément parce qu'il serait absurde de supposer le créancier poursuivi par l'action *pigneraticia*, et plus absurde encore de le supposer opposant la compensation à cette action !

(1) Voyez Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, Memoria letta al R. Istituto Lombardo, nella seduta del giorno 10 aprile 1890, p. 164 (ou 34 du tirage à part).

(2) Ferrini, *Institutionum græca paraphrasis Theophilo antecessori*

1° Sur ce que les témoignages qui attribuent la paraphrase à Théophile (1) ne remontent pas plus haut que le XIe ou XIIe siècle.

Voilà une objection qui, fût-elle exacte, ne serait pas décisive; la tradition a souvent plus de fondement que ne le croit une critique trop sceptique. Mais il y a mieux : P. Krueger (2) remarque que Ferrini lui-même fait remonter au VIe siècle les scolies qui se trouvent dans les manuscrits parisiens de la paraphrase; or, ces scolies désignent Théophile comme l'auteur de l'ouvrage (4).

Aussi Zachariæ von Ligenthal qui avait d'abord considéré comme vraisemblable l'idée de Ferrini (5), l'a-t-il depuis complètement rejetée (6). Il est plus qu'invraisemblable, en effet, que moins de cinquante ans après la mort de Théophile, on ait commis cette erreur d'attribution.

2° On allègue deux légères contradictions entre la paraphrase et l'*Index* sur les dix-neuf premiers livres du Digeste, *Index* qui est, lui, certainement l'œuvre de Théo-

vulgo tributa, Berlin, 1883, Préface. — Voyez aussi : Ferrini, *Delle origini della parafrasi greca delle Istituzioni*, dans l'*Archivio giuridico*. t. XXXVII, p. 353 et suiv.

(1) Savoir : les manuscrits de la paraphrase, le *Tractatus de peculiis*, et quelques scolies des Basiliques.

(2) *Geschichte der Quellen*, p. 362, note 16.

(3) *Archivio giuridico*, XXXVII, p. 366 *(Delle origini della parafrasi greca delle Istituzioni)*.

(4) Voyez notamment la scolie sur II, 18, 1, dans l'édition de Reitz, p. 407. Krueger, *loc. cit.*; Ferrini, *loco cit.*, dit qu'une autre scolie, sur II, 18, 1, désigne aussi Théophile comme l'auteur de la paraphrase. L'article de Ferrini était déjà imprimé en partie, quand il a découvert dans les manuscrits parisiens les anciennes scolies en question. Peut-être n'eût-il pas persévéré dans sa doctrine, s'il les eût trouvées plus tôt. Quand on s'est convaincu d'une idée, on n'en revient guère tout d'un coup, même quand on découvre des arguments décisifs en sens contraire. Il faut un certain temps pour qu'on s'y habitue. Nous serions heureux de voir s'expliquer sur ce point le digne héritier scientifique de Zachariæ de Lingenthal.

(5) Z. S. S., 5, R. A., p. 353 et s.

(6) Z. S. S., 10, R. A., p. 257.

phile (1). Mais ce seraient là des peccadilles, de légères étourderies; Théophile et, en général, les compilateurs en ont bien d'autres sur la conscience; la précipitation avec laquelle ils travaillaient les rendait inévitables. Cet argument ne saurait donc être retenu.

3° Ferrini avait cherché à démontrer que la paraphrase n'était que l'adaptation aux Institutes de Justinien d'une traduction en grec (κατὰ πόδας) des commentaires de Gaius, traduction en usage dans l'école, notamment à Beryte.

Mais Brokate, dans une thèse de doctorat présentée à la Faculté de philosophie de Strasbourg *(De Theophilinæ quæ fertur Justiniani Institutionum græcæ paraphraseos compositione*, Argentorati, apud Carolum L. Truebner, 1880) a soutenu (p. 59), et peut-être réussi à démontrer, que la paraphrase a tout simplement pris pour base les Institutes et que son auteur s'est inspiré de Gáius dans les passages relatifs à l'histoire du droit, mais qu'on ne peut le prouver que pour ceux-là, tandis que d'après Ferrini, l'auteur se serait inspiré partout d'une traduction grecque de Gaius.

P. Krueger, *op. cit.*, p. 363, dit : « La paraphrase contient une série de remarques historiques qui ont été prises dans les Institutes de Gaius et peut-être, en outre, dans les scolies ajoutées plus tard à ces Institutes. Voyez encore sur ce point : P. Krueger, *Krit. Vierteljahresschrift* nouvelle série, t. VII, p. 555 et s. D'après lui, il n'y a qu'un seul passage que l'on puisse affirmer avoir été à

(1) Ces deux contradictions résultent de deux erreurs de la paraphrase que l'*Index* ne commet pas. La première consiste à avoir rangé les cochers du cirque (ἡνίοχοι) parmi les infâmes; la seconde à avoir considéré comme *incerta* la stipulation de l'argent que vous avez dans votre bourse, du blé que vous avez dans votre grenier. Voyez Paraphrase II, 18, 1, et III, 15, pr., comparée avec les fragments de l'Index reproduits par Reitz, p. 944, 947. Voyez aussi L. 7, § 1; D. 18, 1; L. 75, § 5, D. 45, 1.

peu près littéralement copié dans Gaius (Gaius, I, 17. — Théoph., I, 5 § 4).

Nous n'avons pas à nous prononcer entre les opinions divergentes de ces savants si compétents sur la matière. Car, même en voyant, selon Ferrini, dans la paraphrase une adaptation aux Institutes d'une traduction ou d'un abrégé grec des Commentaires de Gaius, cela n'empêcherait nullement cette paraphrase d'être l'œuvre de Théophile. L'adaptation d'œuvres anciennes au temps présent, le travail à coups de ciseaux, mais c'était le procédé normal de nos compilateurs !

4° Ferrini ajoute que Théophile est probablement mort en 534 (1). Il en conclut que le professeur byzantin n'aurait pas eu le temps de faire la paraphrase, étant donné surtout qu'il a composé dans le même laps un *Index* sur les 19 premiers livres du Digeste.

Mais d'abord, s'il faut admettre avec Ferrini que la paraphrase ne soit qu'une adaptation aux Institutes d'une traduction grecque des Commentaires de Gaius, ce travail n'a pas dû donner beaucoup de peine, ni prendre beaucoup de temps à Théophile. L'ouvrage n'est le plus souvent qu'une traduction délayée des Institutes, et, quant aux

(1) La Constitution *Cordi nobis*, qui confirme le nouveau Code, ne nomme pas Théophile parmi les commissaires qui avaient été chargés de compléter et de reviser la première édition du Code. Cette Constitution est du 17 novembre 534. Les commissaires n'auront sans doute pas mis plus d'un mois ou deux à reviser et à compléter un Code qu'ils n'avaient mis qu'un an à composer de toutes pièces. Cela nous reporte en septembre 534, et j'admets qu'il y a là un indice, d'ailleurs très insuffisant, de la mort de Théophile.

Pour corroborer l'argument, Ferrini allègue que Théophile n'aurait pu terminer son *Index* du Digeste; cet *Index* ne comprendrait que les 19 premiers livres. Mais d'après Zachariæ de Lingenthal Z. S. S., 10, R. A., p. 263, l'*Index* de Théophile allait plus loin, au moins jusqu'au livre XXIII, comprenant ainsi les matières du cours de troisième année, telles que les avait fixées Justinien dans la Constitution *Omnem reipublicæ*, § 4.

recherches, nous verrons que l'auteur puisait dans son imagination les explications que ses souvenirs ou les Commentaires de Gaius ne lui fournissaient pas (1).

Enfin Théophile, cela est certain, a vécu au moins assez longtemps pour composer l'Index des 19 premiers livres du Digeste : à plus forte raison a-t-il pu composer un ouvrage plus court et plus facile, la paraphrase de ces Institutes qu'il venait de compiler avec son collaborateur Dorothée (2).

En outre, une fois les compilations terminées (3), Théophile, professeur à Constantinople, a dû reprendre son enseignement, s'il l'avait suspendu. Par suite du nouveau programme d'études en quatre années, tracé par la constitution *Omnem reipublicæ*, il a dû s'opérer une nouvelle distribution de l'enseignement entre les quatre professeurs de droit, et Théophile qui venait de composer les Institutes, a dû, naturellement, être désigné pour les expliquer le premier.

La paraphrase est précisement ce cours fait par Théophile en 533-534.

C'est un cours, la forme le démontre à chaque instant (4).

Ce cours date du VIe siècle, cela est incontesté et incontestable. En effet, il a été visiblement composé avant les Novelles auxquelles il ne fait aucune allusion pas plus

(1) Voyez plus bas, numéro 14.

(2) Huschke, dans la préface de son édition des Institutes (1868), p. VI, pense que Théophile a composé sa paraphrase avant même la publication des Institutes, comme une traduction grecque de ces Institutes, devant être publiée en même temps qu'elles et avec la permission de l'Empereur.

(3) Les Institutes ont été publiées le 21 novembre 533. Le Digeste était alors terminé depuis quelque temps déjà. Voyez : *Les sources des Institutes de Justinien*, dans la *Revue générale du droit*, 1891, p. 15 et 16 et les notes.

(4) Voyez Heimbach, *Basil.*, VI, p. 31 et s. Souvent le professeur renvoie à ce qu'il enseignera plus tard : IV, 6, 20; IV, 11, 3; IV, 13, 6; IV, 17, 2. Voyez aussi Brokate, *op. cit.*, p. 32.

qu'au *Codex repetitæ prælectionis*, publié vers la fin de 534. Sa composition date donc très vraisemblablement de la première année du nouvel enseignement (1).

Rien ne vient donc contredire, et plutôt tout vient appuyer la tradition qui l'attribue à Théophile. La mort de ce professeur a dû même donner au cours qu'il avait fait une valeur nouvelle — comme la mort d'un peintre à ses tableaux — et cela contribue à nous expliquer la réputation, assez peu méritée, qui s'est attachée à cet ouvrage.

5° Reste donc seulement (2) l'argument tiré des nombreuses taches qui déparent la paraphrase.

Mais ces bévues s'expliquent très bien, si l'on admet que ce travail a été improvisé, comme les Institutes elles-mêmes, en quelques semaines, et que le professeur qui l'a composé n'a pas assez vécu pour avoir l'occasion de le retoucher en l'enseignant une seconde fois à ses élèves.

Avant que Ferrini contestât la paternité de Théophile, on s'accordait généralement à voir dans la paraphrase, non pas un livre publié par Théophile lui-même — c'eût été là un *commentaire*, et Justinien les avait défendus — mais le cahier, soigneusement rédigé, d'un de ses élèves (3).

(1) Voyez les notes précédentes. Voyez aussi sur ce point la préface de l'édition de Théophile par Reitz, 1751, p. XXVI.

(2) Ferrini, préface citée, ajoute, il est vrai, qu'il y a de grandes différences de style et de méthode d'exposition entre la paraphrase et l'Index. Nous n'oserions émettre un avis sur ce point, mais il nous semble : 1° Que les fragments qui nous restent de l'Index, parfois rapportés plutôt dans leurs sens que dans leurs termes par les scoliastes des Basiliques, sont bien peu nombreux pour qu'on puisse former un jugement sûr à cet égard. (Ils sont rapportés dans l'édition de Reitz, p. 944-957 ; Heimbach en a ajouté d'autres, Basil., VI, 34 et s.). 2° Les différences de méthode, s'il y en a, pourraient s'expliquer par la différence du caractère des deux ouvrages. 3° Enfin la paraphrase est en style *parlé*, si l'on me passe cette expression, l'Index en style écrit.

(3) Reitz, préface, p. XXVII et p. 1175 ; Trekel dans Reitz, préface,

Cela posé, on a fréquemment mis les erreurs dont la paraphrase est émaillée, sur le compte des étudiants qui ont recueilli ce cours. Mais, si la forme prouve qu'il s'agit d'un cours, elle prouve aussi que, si c'est là le cahier d'un étudiant, le cours a été pris sous la dictée (1).

Dans ces conditions, peu importerait que le manuscrit original émanât de Théophile ou d'un de ses élèves, le texte serait toujours le même.

En tout cas, Huschke (2) fait remarquer avec raison, et Brokate le suit (3), que c'est là une œuvre trop méthodique pour avoir été *rédigée*, *composée*, par un élève.

Zachariæ de Lingenthal (4), l'autorité la plus compétente que l'on puisse invoquer en cette matière, est resté définitivement convaincu que la paraphrase est l'œuvre de Théophile lui-même. Si bien que, retrouvant les particularités tout à fait caractéristiques de son style dans un certain nombre d'anciennes scolies des Basiliques qui reproduisent un *Index* sur les livres 17 et 23 du Digeste, il n'hésite pas à considérer Théophile comme l'auteur de cet *Index*. Zachariæ rejette, d'ailleurs, absolument l'idée que la paraphrase ait pu être faite par un étudiant (5).

p. XLII; Degen, *Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des Rechtlehrers Theophilus*, 1809, p. 27 et s. Heimbach, *Basiliques*, VI, p. 31 et s.; Rivier, *Introduction historique au droit romain*, numéro 210. C'est encore l'opinion la plus répandue. Voyez toutefois Brokate, *De Theophilinæ quæ fertur Justiniani Institutionum græcæ paraphraseos compositione.*

(1) C'était bien là la pensée de Reitz : *suis auditoribus in calamo dictatam* (préface, p. XXVII).

(2) Huschke, préface de son édition des Institutes de 1868, p. VI.

(3) Brokate, *op. cit.*, p. 32

(4) Depuis le moment où nous écrivions ces lignes, la science a perdu ce maître éminent.

(5) « Celui qui est versé dans la littérature juridique de cette époque doit repousser absolument cette hypothèse. » Z. S. S., 10, R. A. p. 260. — On avait aussi invoqué contre l'attribution à Théophile, le fait que dans le *prœmium* (la constitution *Imperiam majestatem*, qui confirme les Institutes) il parle de lui-même à la troisième personne et d'une

En résumé, on peut, ce me semble, considérer la question comme définitivement tranchée par les scolies découvertes par Ferrini. Théophile est bien l'auteur de la paraphrase. Aussi Erman (1) a-t-il pu, après avoir rappelé la controverse, signaler comme évidente *(einleuchtend)* la doctrine définitive de Zachariæ.

14. — En admettant même, pour un instant, la rédaction de la paraphrase par un étudiant, qui aurait plus ou moins bien reproduit le cours, il faut remarquer que des erreurs de quelques mots, des omissions (2), etc., pourraient être

façon très élogieuse. Cette dernière raison me toucherait peu, les Byzantins ne sont pas modestes, et puis il fallait bien reproduire les expressions flatteuses de Justinien. D'ailleurs, Zachariæ, *loc. cit.*, montre entre ce *prœmium* et le reste de la paraphrase des différences tout à fait extraordinaires quant aux épithètes données à l'Empereur, ce qui rend très vraisemblable l'hypothèse que le *prœmium* est dû à un auteur postérieur. Cet auteur, peut-être au XIe siècle, aura voulu compléter un manuscrit dont la première page manquait, en y rapportant une paraphrase de la constitution *Imperatoriam majestatem.* Mais il aura omis de reconstituer aussi le titre premier de la paraphrase qui se trouvait sur la même feuille, et c'est pour cela que ce titre premier manque dans tous nos manuscrits : Zachariæ, *loc cit* , p. 259, Reitz, p. 10, note *b*. C'est Viglius qui a reconstitué ce titre en traduisant en Grec le passage correspondant des Institutes de Justinien.

(1) Dans sa *Revue de la littérature juridique sur le droit romain de 1884-1894 (Ergänzungsband zum Centralblatt für Rechtswissenschaft. Juristischer Litteraturbericht 1884 bis 1894. — Das römische Recht*, von H. Erman), p. 51 (11 du tirage à part). Nous nous empressons de signaler ce travail si utile et si méritoire, merveille d'érudition concise, qui réussit à caractériser d'un seul mot chaque publication.

(2) Par exemple Théophile, I, 2, § 6, suppose un gouverneur de province consultant l'Empereur sur la question de savoir si le frère doit être préféré — comme héritier *ab intestat* — à l'oncle paternel du défunt ! ! L'affirmative étant évidente, l'exemple serait absurde ; mais on peut admettre qu'après le mot *frère*, l'étudiant, rédacteur supposé de la paraphrase, aura oublié d'ajouter : *émancipé*. Une constitution d'Anastase, rappelée par les Institutes, donnait en pareil cas la succession au frère, malgré la *capitis deminutio* qu'il avait subie. Tel était bien le cas que Théophile avait en vue, car en paraphrasant ce passage des Institutes, il cite précisément le même exemple de conflit entre le frère et l'oncle paternel : « Si je meurs, laissant mon frère qui a subi *capitis deminutio* et mon oncle paternel, mon frère est préféré. » Inst. III, 5, § 1.

l'œuvre d'un élève ; mais là où l'on rencontre des développements étendus, où l'on insiste sur une idée fausse, où l'on se complaît pour ainsi dire dans l'erreur, comme dans les exemples que nous allons brièvement analyser, la faute, évidemment, incombe au maître.

Voici les trois erreurs grossières citées par Ferrini pour prouver que Théophile ne peut être l'auteur de la paraphrase.

1° Les Institutes (II, 15, § 2) nous disent :

« Si le testateur a substitué réciproquement des héritiers institués pour parts inégales, et qu'il n'ait pas indiqué les parts dans la substitution, il est réputé y avoir conservé les parts exprimées dans l'institution ; ainsi l'a décidé un rescrit du divin Antonin le Pieux (1). »

Pour que la question résolue par ce paragraphe puisse se présenter, il faut supposer au moins trois héritiers intitués, par exemple : *Primus* pour deux douzièmes, *Secundus* pour quatre douzièmes, *Tertius* pour six douzièmes Le testateur les a substitués (2) les uns aux autres sans indiquer dans quelles proportions. Si on les considérait alors comme substitués pour parts égales, Primus et Secundus recueilleraient chacun par moitié les six douzièmes de Tertius que nous supposerons défaillant. Ainsi Primus aurait $2 + 3 = 5$ douzièmes et Secundus $4 + 3 = 7$ douzièmes. Au contraire, si nous les considérons comme substitués proportionnellement aux parts pour lesquelles ils sont institués, Primus, institué pour deux

(1) *Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, videtur eas in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit, et ita divus Pius rescripsit.*

(2) On sait que la substitution vulgaire, dont il est ici question, est une institution conditionnelle par laquelle un individu est appelé à la succession d'une personne pour le cas où un autre institué ne viendrait pas à l'hérédité.

douzièmes tandis que Secundus l'est pour quatre, prendra moitié moins dans la part de Tertius. Primus aura alors 2 + 2 = 4 douzièmes et Secundus 4 + 4 = 8 douzièmes.

S'il n'y avait que deux héritiers institués, la question ne pourrait pas se présenter, parce que l'un faisant défaut, l'autre prendrait nécessairement la totalité de l'hérédité, pour quelque part qu'il eût été substitué au premier, et même sans lui avoir été aucunement substitué, et cela en vertu de la maxime : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.*

Eh bien ! c'est précisément cette hypothèse inepte que présente pourtant l'auteur de la paraphrase, en ces termes :

« Mais si quelqu'un, instituant des héritiers pour des parts inégales, par exemple l'un pour cinq douzièmes et l'autre pour sept, les a substitués l'un à l'autre sans indiquer de parts dans la substitution, le substitué prendra la part qu'aurait prise celui à qui il a été substitué. S'il arrive en effet que l'héritier institué pour cinq douzièmes accepte, tandis que celui appelé aux sept douzièmes répudie, il ne faut pas dire que Primus prendra cinq douzièmes en vertu de la substitution, mais il en prendra sept, car Secundus s'il eût accepté, en aurait reçu sept. »

Encore une étourderie !

Ce sont là sans doute des distractions bien étranges, mais non pas étrangères aux compilateurs, même à ceux des Institutes, comme nous l'avons vu et comme nous le verrons encore.

Mais admettons pour un instant que l'auditeur, qui sténographiait, dit-on, Théophile, n'ayant rien compris à ses explications, y ait substitué le galimatias qui précède, en est-il de même dans le cas de Théoph. II, 1, 26 ?

« Lorsque c'est le voleur qui possède le vêtement auquel

on a ajouté une bande de pourpre m'appartenant, j'ai contre lui l'action *furti* et la *condictio furtiva;* que si c'est un autre que le voleur, il sera tenu de la *condictio furtiva*, non de l'action *furti.* »

On sait que la *condictio furtiva* ne peut être intentée que contre le voleur et les coauteurs du vol seulement, pas même contre les complices (1), du moins s'ils ne sont pas recéleurs ; *a fortiori* elle ne procède pas contre des tiers possesseurs de bonne foi. La paraphrase contient donc ici une erreur certaine, et, d'ailleurs, plus excusable que la précédente. Théophile ici s'est trompé parce que le texte des Institutes portait alors la leçon qui fut plus tard celle de la vulgate :

Nam extinctæ res, licet vindicari non possunt, condici tamen a furibus et a QUIBUSQUE *aliis possessoribus possunt.*

« Les choses détruites, bien qu'elles ne puissent être revendiquées, peuvent cependant être réclamées par la *condictio* au voleur et à *tous* possesseurs. »

Les éditions modernes corrigent *quibusque* en *quibusdam* que porte le palimpseste des Commentaires de Gaius (II, 79), auxquels a été emprunté ce passage ; au lieu de « *à tous possesseurs* » il faut donc mettre « *à quelques possesseurs* » — probablement les recéleurs.

Mais il est clair que Théophile a lu *quibusque*, puisqu'il donne la *condictio furtiva* même contre le possesseur non voleur.

Je ne lui reprocherai donc pas cette erreur.

Mais voici qui est plus grave :

Les Institutes, IV, 10 pr. (2), nous disent que jadis on

(1) L. 6, D. *De cond. furtiva*, 13, 1.

(2) Suivant Ferrini, *Sulle fonti*, etc., p. 165 [35], ce passage a été tiré de Gaius, Comment. IV, § 82, complété par Gaius, *Res cottidianæ*.

ne pouvait plaider *alieno nomine*, si ce n'est dans certains cas :

... *Cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela.*

Comme aucune des sources que nous ont transmises les compilateurs n'explique ce que c'était que plaider *pro tutela* (1), il n'est pas surprenant que Théophile l'ait ignoré. Mais il n'a pas été embarrassé pour si peu, et a immédiatement inventé l'explication suivante :

« Souvent, en effet, le pupille avait besoin d'un tuteur, et deux personnes se disputaient la tutelle en justice (2). L'une des deux devait manifestement l'emporter ; le vaincu se trouvait ainsi avoir plaidé *alieno nomine*, c'est-à-dire avoir plaidé pour une tutelle qui ne lui appartenait pas, comme l'issue du procès l'a bien montré ! ! »

Mais, à ce compte-là, on plaiderait *alieno nomine* toutes les fois qu'on succombe, intentant l'action en revendication, puisqu'on a ainsi réclamé une chose appartenant à autrui, comme l'issue du procès l'a bien prouvé !

Cette explication grotesque ne saurait résulter de la méprise d'un élève recueillant un cours. Elle nous montre avec quelle hardiesse les compilateurs suppléent par l'imagination aux notions qui leur manquent et la confiance qu'on peut avoir en leurs renseignements historiques.

Au surplus, ils firent école. Stéphane, l'un des successeurs de Théophile dans la chaire de Constantinople, du vivant même de Justinien (3), Stéphane qui a pris Théo-

(1) Il était indispensable de permettre au tuteur de plaider les affaires de la tutelle, c'est-à-dire celles de son pupille, car si celui-ci était *infans* ou absent, le tuteur n'avait même pas la ressource de prester son *auctoritas*. — Voyez Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 408.

(2) Comme c'est vraisemblable ! Au contraire on luttera pour ne pas supporter cette charge.

(3) P. Krueger, *Geschichte*, etc., p. 361.

phile pour modèle (1), Stéphane qui, d'après Ferrini (2), a tant étudié la Paraphrase qu'il a réussi à en imiter le style et les expressions, se laisse aussi aller parfois à son imagination quand il s'agit de reconstruire les anciennes formules d'action (3).

15. — Qu'y a-t-il d'étonnant à voir Théophile se tromper grossièrement, aller même jusqu'à l'absurde dans sa paraphrase des Institutes, lorsque *dans la composition même des Institutes*, lui ou Dorothée ont laissé échapper des *lapsus* du genre de celui-ci, à propos de la légitimation, Inst., I, 10, § 13 :

Après avoir dit que les enfants nés du concubinat tombent sous la puissance de leur père par le mariage subséquent, les Institutes ajoutent : « Bienfait que notre constitution a pareillement étendu aux enfants nés plus tard du même mariage ; *Quod et aliis, si ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.* »

Mais les enfants procréés après le mariage de leurs parents sont légitimes de plein droit : dire que la constitution de Justinien a étendu en leur faveur le bénéfice accordé aux autres, c'est le comble de la distraction. Voici comment nos compilateurs y ont été amenés :

La L. 10, C. *De naturalibus liberis*, 5, 27, conçue dans le style verbeux et diffus de l'époque, finissait en mettant sur la même ligne tous les enfants quelle que fût l'époque de leur naissance, et cela, bien entendu, pour faire participer les enfants nés avant la confection du contrat de mariage *(instrumentum dotale)* à la légitimité de

(1) P. Krueger, *Geschichte*, etc., p. 361.

(2) Ferrini, *Préface de son édition de Théophile*, p. xv. — Je dois ajouter cependant que Zachariæ von Ligenthal, Z. S. S., 5, R. A, p. 273, n. 1, pense que Stéphane n'a pas connu, ou du moins pas utilisé la Paraphrase. Entre des hommes aussi compétents, un dissentiment aussi radical montre le peu de sûreté de bien des conjectures.

(3) P. Krueger, *loc. cit.* — Lenel, Z. S. S., R. A., II, 80.

ceux nés après : « *Quapropter sancimus, in hujus modi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt, sive postea, una eademque lance trutinari et omnes suos et in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior nec junior ullo habeatur discrimine, sed ii, qui ex iisdem majoribus procreati sunt, et simili perfruantur fortuna.* »

Ceci peut donner une idée de la précipitation et de l'irréflexion avec laquelle les Institutes ont été écrites. Théophile ou Dorothée analysent mécaniquement la constitution qu'ils ont visiblement sous les yeux ; ils commencent par en reproduire à peu près le début (1), puis voulant aussi résumer la fin, l'assimilation entre tous les enfants par laquelle elle se termine, ils expriment cette idée sous la forme malheureuse que l'on sait : « Le bienfait de la légitimation s'étend aux enfants nés après le mariage. »

Pour éviter cette absurdité on a voulu corriger de plusieurs façons le texte des Institutes (2). Mais la leçon que nous donnons est celle que fournissent la plupart des manuscrits, et c'est bien ainsi d'ailleurs que Théophile a lu et entendu le texte de ce paragraphe ; sa Paraphrase confirme et souligne même le lapsus (3).

(1)

Inst. I, X, § 13.	L. 10, C., *De natural lib.*, 5, 27.
Nec non is qui a *muliere libera* procreatus, *cujus matrimonium minime legibus interdictum* fuerat sed ad quam pater *consuetudinem* habuerat.	Cum quis *a muliere libera* et *cujus matrimonium* non est *legibus interdictum*, cujusque *consuetudine* gaudebat.

(2) Voyez Accarias, nº 116, note 1. Voyez une de ces tentatives dans l'édition de Huschke. Il corrige le texte en y introduisant une négation que, de son aveu, aucun manuscrit ne donne et lit ainsi : *Quod et aliis si ex eodem matrimonio* NON *fuerint procreati, similiter nostra constitutio*, etc.

(3) Théophile, édition Ferrini, h. l. ; οὐ μόνον οἱ προτεχθέντε; τῶν προικῴων, ἀλλὰ καὶ οἱ μετὰ ταῦτα, εἴ τινας συμβαίνῃ τεχθῆναι, υπεξούσιοί μοι γενήσονται κατὰ τὰ περιεχόμενα τῃ τοῦ θειότατου ἡμῶν βασιλέως διατάξει : « Non seulement ceux nés avant le contrat de mariage, mais même ceux nés après s'il en survient, tomberont sous ma puissance, selon ce que décide la constitution de notre empereur très sacré. »

les *sponsores* et *fidepromissores* avaient disparu ; voici ce qu'il a imaginé de mettre à la place : « Parfois cependant il arrive qu'une action née d'un contrat ne compète pas contre l'héritier : c'est lorsque le testateur a commis un dol dont son héritier n'a tiré aucun profit. »

Mais, dit M. Accarias (1), de deux choses l'une : ou la responsabilité du dol est comprise dans le contrat, ou elle ne l'est pas (2). Au premier cas l'héritier peut être poursuivi à raison du dol du défunt, mais cela est conforme au droit commun puisque l'action est contractuelle ; au second cas l'héritier n'est pas tenu du dol du défunt, mais ici encore nous restons dans le droit commun, puisque ce dol n'est sanctionné que par l'action *de dolo* qui est pénale (elle naît d'un quasi-délit).

Théophile, dans sa paraphrase, précise la pensée de notre paragraphe. C'est bien à un contrat de bonne foi qu'on a pensé ; le dépositaire, par exemple, ayant fait périr la chose par dol, l'héritier ne serait pas tenu ! Mais c'est là une grosse erreur ; des textes formels décident précisément le contraire (3).

Si c'est Dorothée qui a rédigé ce passage, Théophile partage son erreur : il précise l'hypothèse, et elle ne le choque point. Pourtant, quand on commente le travail d'un autre, celui d'un collègue surtout, les erreurs ne restent guère invisibles.

Si c'est Théophile lui-même qui a rédigé le texte des Institutes, alors que devient l'excuse tirée de la rapidité du travail? *Errare humanum est*..... mais persévérer... (4)!

(1) Précis, t. II, p. 1154, note 2.

(2) Ce second cas est celui des contrats de droit strict.

(3) L. 7, § 1, D., *Depositi*, 16, 3 ; L. L. 12 et 49, D., *De oblig. et act.* 44, 7.

(4) Il y en a qui veulent à tout prix innocenter les compilateurs, comme le fait Reitz pour son cher Théophile, sur qui tout le monde s'acharne, et qu'il défend systématiquement : « *Vapulat, sed injuria*, » dit-il à la table, en tête d'une longue série de bévues imputées à tort, selon lui, au

Le compilateur des deux derniers livres des Institutes n'est donc pas plus exempt de bévues que celui des deux premiers. En veut-on un dernier exemple ?

Gaius III, § 165, disait :

Per eum quoque servum in quo usumfructum habemus similiter ex duabus istis causis (scilicet ex operis suis vel ex re nostra) nobis adquiritur (Voy. Inst., III, 28, § 2).

Copiant ce passage, le compilateur a maladroitement, après les mots : « *in quo usumfructum* » ajouté « *vel usum* ». Grave erreur ! car l'usager ne saurait acquérir *ex operis servi* en louant les services de l'esclave ; ce serait en retirer un fruit civil, et il n'a pas, en principe, le *jus fruendi*, mais seulement le *jus utendi*. C'est d'ailleurs ce que décide expressément Ulpien, *lib. 7 ad Sab.*, dans la L. 14, *pr.*, D., *De usu et habitatione*, 7, 8.

Je ne serais pas éloigné de croire que la Paulienne *in rem* (Inst., IV, 6, § 6) et le *sane uno casu* (IV, 6, § 2) sur lesquels on a tant glosé, sont tout simplement le résultat de bévues analogues (1).

professeur byzantin. On a donc essayé, ajoutant à la Paraphrase, de soutenir qu'il n'a dû vouloir parler que du dépôt nécessaire. L'héritier ici n'est pas tenu au double, comme le serait le dépositaire, son auteur, s'il avait détruit la chose par dol. Mais, comme le remarque Vinnius sur ce paragraphe, être tenu au simple, ce n'en est pas moins être tenu du dol de son auteur quoiqu'on n'en retire aucun profit. L'explication, d'ailleurs arbitraire, est donc en outre malheureuse.

(1) Pour la Paulienne *in rem*, Lenel *(Das Edictum*, p. 352) confirme cette conjecture. Selon lui, ce serait une action rescisoire donnée en cas d'aliénation, mais seulement contre les acquéreurs à titre onéreux complices et les acquéreurs à titre gratuit : action personnelle par conséquent (du moins au point de vue du droit de suite, ce qui est l'essentiel) puisqu'elle n'est pas donnée contre tout possesseur. Les compilateurs des Institutes ont omis ce détail, qui avait pourtant son importance.

Quant au « *sane uno casu* » (Inst., IV, 6, § 2, *in fine) : « sane uno casu qui possidet partes actoris obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit* », il faut, pour avoir quelque chance de réussir à trouver ce cas, procéder avec méthode, au lieu de chercher au hasard dans le Digeste, des hypothèses pouvant constituer ce cas unique où le possesseur joue le rôle de demandeur. Il faut se demander comment

Et remarquez que nous avons seulement signalé les erreurs qui nous sont venues à la mémoire, sans faire de recherches spéciales. On en trouverait certainement d'autres, tout aussi caractéristiques.

Dorothée — le compilateur probable des deux derniers livres des Institutes — a pu avoir présent à la pensée un cas perdu dans le Digeste et si peu saillant qu'on n'a jamais pu jusqu'ici le déterminer avec certitude. Il faut que son attention ait été attirée très vivement sur ce texte, et cela à une époque très voisine de la compilation des Institutes, par exemple tout à fait à la fin de la confection du Digeste. On se rappelle que les Institutes ont été composées en quelques semaines, aussitôt après la terminaison du Digeste et pendant qu'on le recopiait *(Revue générale du droit,* 1891, p. 14 et s.).

Or, il y a précisément un texte, déjà signalé comme pouvant renfermer cet *unus casus*, et dont on peut dire avec certitude :

1° Qu'il a été inséré au dernier moment, immédiatement avant qu'on se mît à composer les Institutes.

2° Et qu'il a attiré tout spécialement (nous dirons même : *de la manière la plus forte qui se puisse imaginer)* l'attention du compilateur (Dorothée ?) qui l'a inséré au Digeste.

1° Inséré au dernier moment. On sait que les compilateurs du Digeste avaient divisé en trois lots et réparti entre trois commissions les livres dont ils avaient à faire des extraits. De là les trois séries, Sabinienne, Edictale, Papinienne, entre lesquelles se répartissent tous les fragments du Digeste. Tous..., c'est trop dire : il y a une quatrième série qu'on appelle l'*Appendix*. Elle se compose d'un groupe d'ouvrages que les compilateurs ont consultés en dernier lieu, *alors que leur travail était presque achevé* (Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 338, 339), par conséquent très peu de temps avant la confection des Institutes. Parmi ces ouvrages il en est un qui semble avoir été compilé le tout dernier, ce sont les *libri ad Edictum* de *Furius Anthianus*. Mommsen le place le dernier sur sa liste (Digesta, t. II, p. 58*) et les trois fragments que nous en avons au Digeste forment la dernière loi des trois titres *De pactis* (2, 14, L. L. 62), *De dolo malo* (4, 3, L. 30) et *De reivindicatione* (6, 1. L. 80). Il est donc plus que probable que c'est cet ouvrage de Furius Anthianus qui a passé le dernier par les mains des compilateurs, quelques jours peut-être avant qu'on se mît aux Institutes.

2° Celui qui a compilé le fragment en question a eu les meilleures raisons du monde de ne pas l'oublier, attendu *qu'il en est presque l'auteur ;* il l'a remanié d'une façon intense, puisque, sur les *trente-quatre* mots dont il se compose, il y en a *vingt-huit* d'interpolés, suivant Lenel, Palingesia, I, p. 180, n. 2; il n'en resterait que six d'authentiques.

De tous les textes, celui dont un compilateur se souviendra le mieux, c'est celui qu'il aura lui-même fabriqué !

Voici ce fragment (L. 80, D., *De reiv.*, 6, 1):

Furius Anthianus libro primo ad Edictum : *In rem actionem pati non*

Au surplus, il n'est pas besoin de sortir de la matière de la compensation ni des deux paragraphes que les Institutes y consacrent, pour prendre leurs rédacteurs en flagrant délit d'étourderie (1).

Outre celle que nous citons en note et que nous développons plus loin (chap. II, § 4), il faut relever (Inst. IV, 6, § 30) cette curieuse énumération : la compensation est admise dans toutes les actions : *sive in rem*, *sive in personam*, SIVE ALIAS QUASCUMQUE.

Il serait curieux de connaître ces actions qui ne sont ni *in rem*, ni *in personam* et qui admettent la compensation.

conpellimur, [*quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit*].

Lenel note : « Quia licet... adprobaverit, *Trib.* » Sans doute le jurisconsulte avait parlé ici des interdits « *quem fundum* » et « *quam hereditatem* » dont il est question dans les Institutes d'Ulpien (Fragment de Vienne, IV, Girard, p. 421), en vertu desquels le défendeur, faute de fournir la caution *judicatum solvi*, devait remettre la possession à son adversaire. Sans doute ces mêmes interdits s'appliquaient aussi au cas où le défendeur avait mensongèrement nié sa possession.

Le compilateur veut éviter de mentionner ces formes de procédure tombées en désuétude, et pourtant consacrer leur résultat.

Obligé de transférer la possession à son adversaire, voilà notre défendeur qui perd les avantages de la défensive, le voilà forcé de prendre le rôle de demandeur : *partes actoris obtinet,* comme disent les Institutes.

Seulement les compilateurs n'ont pas réfléchi que, s'il joue désormais le rôle de demandeur, c'est précisément parce qu'il perd la possession. Par conséquent, il n'est pas rigoureusement exact d'écrire « *qui possidet...* » il faudrait mettre « *possedit* ». Mais enfin, il est vrai de dire que celui qui possédait au début de l'instance jouera malgré cela le rôle de demandeur. Il ne faut pas se montrer trop difficile avec les compilateurs. Pour eux, c'est là une exactitude plus que suffisante.

(1) Inst., IV, 6, §§ 30 et 39. Ces deux paragraphes reproduisent le § 61 du Commentaire IV de Gaius (ou le passage correspondant de ses *Res cottidianæ)*. Or, au § 30, les compilateurs suppriment les mots *ex eadem causa*, qu'ils auraient pu conserver sans inconvénient, et au § 39, ils les reproduisent, alors qu'il fallait les supprimer, ne se souvenant même plus de ce qu'ils avaient fait deux ou trois pages plus haut. Voyez plus bas, chap. II, § 4.

« On ferait trop d'honneur aux rédacteurs des Institutes, dit avec raison Eisele (1), si l'on se cassait la tête à rechercher quelles peuvent être ces actions, comme l'ont fait naïvement les glossateurs, pour aboutir naturellement à des résultats peu juridiques (2). »

Quand on pense que celui qui écrit ces choses, qu'on ne tolérerait pas chez un étudiant de première année, c'est, non pas un praticien quelque peu rouillé sur les divisions de l'école, mais un professeur de droit, Dorothée ou Théophile, l'un de ces *facundissimi antecessores* dont parle la constitution *Omnem reipublicæ,* un homme qui vient de nous dire, en copiant Gaius, que toutes les actions sont réelles ou personnelles, que c'est là la *summa divisio* (3), on se demande comment on a pu si longtemps s'incliner devant le témoignage de ses pareils et discuter sérieusement le résultat de leurs étourderies.

Celle-là est tellement grossière que Théophile l'a rectifiée dans sa Paraphrase ; on y lit en effet seulement : *εἴτε in rem ἐστὶν, εἴτε περσοναλία.*

16. — Que penser d'hommes si négligents qu'ils n'ont pu dresser une liste, même à peu près exacte, des auteurs et des livres dont ils ont fait le Digeste ? Sur un peu plus de trois cents ouvrages ils en omettent vingt-six, et, pour compenser, ils en indiquent seize dont on ne trouve pas trace dans la compilation (4). Voilà pourtant un travail que Tribonien lui-même a dû diriger !

(1) P. 179, note 1.

(2) De nos jours encore on a cherché des actions pouvant donner lieu à la compensation et n'étant pourtant ni personnelles, ni réelles. On a proposé les actions pénales populaires (Accarias, n° 800), sous le prétexte que le demandeur ne devient créancier que par la *litis contestatio*. Sans doute, mais l'action n'en est pas moins personnelle. Dans la formule, le demandeur se présente comme créancier ; peu importe qu'il le soit devenu tôt ou tard.

(3) Sur Inst., IV, 6, § 1.

(4) Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 328 : « Justinien fit faire

Tribonien ! Je ne conteste pas son esprit d'initiative, l'utilité de ses réformes, son érudition, rare pour son temps, si incomplète et si superficielle qu'elle fût, son activité infatigable quoique fiévreuse, sa puissance de travail, ses talents d'organisateur. Mais quelle faiblesse de raisonnement, quelle bouffissure d'expression ! C'est lui le rédacteur des constitutions latines de Justinien et de ces Novelles qu'il faut tant de courage pour lire, tant d'attention pour résumer (1). On connaît son style, et le style c'est l'homme.

Ses collaborateurs lui étaient sûrement inférieurs.

Et qu'on ne nous accuse pas d'*antitribonianisme !*

L'antitribonianisme consistait à faire aux compilateurs le reproche, vraiment bien naïf, d'avoir mutilé les textes, alors qu'ils avaient tout simplement ainsi accompli leur mission ; mission nécessaire ! On les traitait de faussaires, alors qu'ils nous avaient bien prévenus qu'ils avaient fait des changements nombreux et importants (2).

Nous sommes loin d'éprouver ces ridicules colères, nous rendons pleine justice au travail, aux efforts des collaborateurs de Justinien ; ils nous ont rendu un inestimable service. Mais enfin, pour résoudre, s'il se peut, le problème historique que soulève la compensation, nous

une table des écrits compilés (*Dig.*, Const. *Tanta circa*, § 20) et la fit placer en tête du Digeste. Cette table est faite sans soin ; elle omet des traités dont le Digeste donne des fragments, confond des ouvrages et des jurisconsultes distincts... cite des ouvrages qui manquent au Digeste... » M. Ortolan, *Instituts*, I, n° 547, dit de son côté : « L'indication des ouvrages y est tellement incomplète qu'on a peine à croire que ce soit là le catalogue original. » C'est à peu près la raison pour laquelle Ferrini ne veut pas que la Paraphrase soit de Théophile. — Mais il s'agit précisément de savoir si l'imperfection de l'œuvre est une raison *pour* ou *contre* son authenticité. A mon gré, ce n'est pas *contre*.

(1) Accarias, *Précis*, n° 32.

(2) *Multa et maxima sunt quæ propter utilitatem rerum transformata sunt.* Constitution *Tanta circa*, § 10.

avons besoin de nous faire une idée exacte de la valeur moyenne de ces hommes.

Eh bien, il faut l'avouer! leur intelligence, leur science et leur attention restent bien inférieures à ce qu'on se figure habituellement. Quelquefois elles tombent au-dessous de tout ce qu'on pourrait imaginer! La capacité leur manque, et, en fait d'étourderies, il faut s'attendre à tout (1).

Pour en revenir à la Paraphrase, alléguer les inepties qu'elle contient pour refuser d'y reconnaître Théophile, c'est, il me semble, la dernière chose à laquelle doive songer quiconque a eu l'occasion de se familiariser avec la médiocrité intellectuelle des compilateurs, leur ignorance et leur précipitation (2).

Donc, ce n'est pas dans la paraphrase de Théophile que nous trouverons des renseignements sûrs.

17. — Les Institutes de Justinien nous offriraient une base plus solide, mais il faudrait être certain que l'indication qu'elles contiennent, sur un certain rescrit de Marc-Aurèle, provient de Gaius ou d'un autre jurisconsulte ancien. Si cette indication est l'œuvre des compilateurs, adieu toute sécurité (3)!

(1) Du reste, il paraît que ce ne sont pas là des défauts particuliers aux compilateurs juridiques, ni aux contemporains de Justinien. Plus tard, dans d'autres genres, le byzantin reste le même. Au moment de corriger ces épreuves, voici ce que nous trouvons dans le *Temps* du 23 juin 1895, sous la signature de Gaston Deschamps :

« J'ai entendu un jour Ernest Renan dire qu'aucune lecture ne l'avait plus diverti que celle des compilateurs byzantins.

« — Mais ils sont assommants ! s'écria quelqu'un. Ce sont des nigauds, des bavards.....

« — Parfaitement ! répondit Renan. C'est à ce titre qu'ils m'intéressent. Ils montrent à quel degré d'abêtissement la nature humaine peut descendre. Ils sont instructifs. »

(2) Qui fera la liste des interpolations ineptes contenues au Digeste et au Code? J'entends de celles prouvant que les compilateurs n'ont pas compris le texte qu'ils inséraient. Voyez *supra*, p. 22, note 1 *in fine*.

(3) Nous examinerons cette question au chapitre V, § 10.

Nous ne pouvons accepter leur témoignage avec confiance que lorsqu'il porte sur des faits contemporains, par exemple sur les travaux législatifs de Justinien lui-même. Mais reste leur intelligence, toujours sujette à caution. Leur interprétation des constitutions de Justinien lui-même n'est pas toujours sûre, et je ne sais pas si elle le deviendrait quand ces constitutions seraient leur œuvre personnelle. Se sont-ils toujours rendu un compte exact de ce qu'ils voulaient faire?

Même les *Sentences* de Paul sont suspectes *en notre matière*, parce que la procédure formulaire est intimement liée à la compensation, et que les Visigoths ont dû nécessairement en effacer toute trace dans leur *lex romana*, s'ils n'ont pas trouvé ce travail déjà fait (1).

Le Digeste et le Code? Inutile d'en parler : les textes sur la compensation sont pour la plupart interpolés ou tout au moins détournés de leur sens originaire.

Ils peuvent cependant nous fournir quelques renseignements utiles : ceux que les compilateurs nous donnent malgré eux, ceux qu'ils ont laissé passer par inadvertance, et que, plus attentifs, ils auraient supprimés comme contraires à la législation nouvelle. Ces indications-là sont précieuses et sûres, puisqu'il est impossible qu'elles soient leur ouvrage. Malheureusement elles sont bien rares, et pour mieux dire, il n'y en a qu'une; il est vrai qu'elle a une importance capitale (2).

On croira peut-être que, si nous contestons ici l'autorité de Théophile et celle des Institutes, c'est que leur témoignage a le tort de ne pas concorder avec quelque système préconçu.

(1) Voyez plus haut, § 8 et chapitre v, numéro 14.
(2) L. 1 § 4. D. *Quæ sententiæ*, 49, 8.

On verra plus tard qu'il n'en est rien, et qu'ils cadrent assez bien avec le résultat de nos recherches, mais elles ne prennent pas ces témoignages pour base, parce que cette base ne serait pas sûre.

Un document, quoique s'accordant avec la vérité révélée par d'autres témoignages, pour peu qu'il soit incomplet ou équivoque, peut fort bien égarer celui qui le prendrait pour point de départ.

Reste un monument, celui-là absolument sûr, le témoignage non altéré d'un jurisconsulte de l'époque formulaire, le plus clair, le plus circonspect de tous : les Commentaires de Gaius. Avec les indications *involontairement* transmises par les compilateurs et leur témoignage sur leur propre époque, voilà les seuls documents que nous voulons prendre pour base de notre étude, parce que ce sont les seuls solides.

C'est en quoi ce travail différera de ceux qui l'ont précédé. S'il m'était permis d'apprécier les œuvres des jurisconsultes éminents qui ont traité le même sujet, je croirais volontiers qu'ils ne se sont pas toujours montrés assez sévères sur la méthode, et qu'ils ont parfois pris pour base de leurs systèmes des témoignages bien suspects ou bien frivoles. A cet égard l'exégèse des textes est à refaire. Heureusement des travaux récents viennent ici grandement faciliter la tâche.

CHAPITRE II

DE LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS DE BONNE FOI SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE

1. Définition de la compensation; divers sens dans lesquels est pris le mot *compensare.* — 2. Rappel des principes de la procédure formulaire : la mission du juge est limitée à l'affaire indiquée par la formule; il ne peut, dans les actions à *intentio certa*, que condamner ou absoudre entièrement, d'où le péril de la *plus petitio* pour le demandeur; enfin le défendeur seul peut être condamné. — 3. Origine des §§ 30 et 39 Inst., IV, 6; ils ont été pris dans les *Res cottidianæ* ou dans les Commentaires de Gaius. — 4. Double bévue des compilateurs, supprimant les mots *ex eadem causa* au § 30 et les laissant au § 39. — 5. La faculté pour le juge d'opérer la compensation même entre des créances portant sur des choses non fongibles entre elles *(ex dispari specie)* résulte de la nature même de l'action de bonne foi. — 6. L'identité de cause pour les deux obligations est requise non seulement pour un motif de forme, mais principalement parce que c'est surtout en ce cas que l'équité réclame la compensation. — 7. Il n'y a aucune raison de douter que la compensation ait été admise dans les actions de bonne foi dès leur origine; explication de L. 10 § 9 D. 17,1, L. 52 § 2, D. 10, 2. — 8. Le pouvoir de compenser ne devient un devoir pour le juge que quand l'équité le commande; il pourra donc renvoyer *ad separatum* si la créance reconventionnelle n'est pas liquide, d'autant plus facilement que le lien entre elle et la créance principale sera moins étroit; contrats synallagmatiques imparfaits. — 9. Explication de L. 18 § 4, D. 13,6; L. 8 § 2, D. 3,5; L. 1 § 4, D. 27,4 — — La L. 7 § 1, D. h. t. se rapporte plutôt à la *compensatio* de l'*argentarius*. — 10. Parfois, avant de renvoyer *ad separatum* pour défaut de liquidité, le juge obligeait le demandeur à fournir des garanties au défendeur, L. 3 D. 27,3. — 11. Ce renvoi est possible même dans les contrats synallagmatiques parfaits; la compensation y est toujours l'œuvre de la libre volonté du juge. — 12. On ne saurait citer comme faisant exception les L. 3 § 3 D. 27, 4 et L. 14, C. *De negotiis gestis*, 2, 18. — 13. Par conséquent, même dans les actions de bonne foi (et à plus forte raison dans celles de droit

strict lorsqu'elles admettaient la compensation) cette compensation ne s'opérait jamais *ipso jure*. Les textes de l'époque classique qui contiennent cette expression sont donc nécessairement interpolés. — 14. Explication de la L. 10 pr. D. h. t. Interpolation des mots *ipso jure*. L'extinction des obligations réciproques des associés s'explique par une clause tacite de compensation conventionnelle. Cela ne met pas d'ailleurs la L. 10 en contradiction avec la L. 9 § 1. — 15. La cessation du cours des intérêts par l'effet de la seule coexistence de deux dettes s'explique de la même façon dans le cas de la L. 11 D. h. t., qui est de Paul et non d'Ulpien; elle se référait à un cas de société. La compensation *ex dispari causa* n'a été admise dans les actions de bonne foi que sous la procédure extraordinaire.

1. — Modestin (lib. VI Pandectarum) nous dit dans la L. 1. D. *De compensationibus*, 16, 2 :

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

La compensation, c'est la neutralisation réciproque d'une dette et d'une créance ; la créance fournissant de quoi acquitter la dette, la dette de quoi faire emploi de la créance.

Dans les textes, on se sert du mot *compensare* en parlant du demandeur ou du défendeur, du créancier ou du débiteur.

Le défendeur compense quand, en vertu de la compensation, il ne paie pas, en tout ou partie, ce qu'il devrait payer sans cela (1). On dit aussi du défendeur qu'il compense quand il oppose la compensation (2). On dit du demandeur qu'il compense quand il déduit de son action le montant de sa dette (3) ; quand il perçoit une somme moindre par suite de la compensation (on dit même dans ce sens : *secum debebit compensare)* (4) ; enfin quand pour s'acquitter il renonce à sa créance (5).

(1) L. 16 D. h. t. Papinien. — L. 26 D. 22, 3 ; L. 10 § 1 D. h. t. Ulpien.

(2) L. 9 § 1 D. h. t. Paul ; L. 5 *eod.* Gaius ; L. 1 § 4, D. 27,4. Ulpien ; L. 5 h. t. Gaius.

(3) Paul *Sent.* II, 5, § 3. — L. 18, § 1 D. h. t. Papinien.

(4) L. 9 § 8, D. 15, 1. — L. 38, D. 23,3.

(5) L. 20 § 2, D. 40, 7. — L. 17, pr. D. 9, 4. — L. 76, D. 50, 16 (= L. 19, D. 40, 12). — L. 4, D. 20,4. — L. 7, D. 25, 2. — L. 66 § 1, D. 24,3. — L. 10 ou 11, D. 3, 5. — L. 4, D. 20,4.

2. — A l'époque de la procédure formulaire, le juge n'avait en principe le pouvoir de tenir compte de la compensation que dans les actions de bonne foi, et seulement pour les créances nées du même contrat ou quasi-contrat que la demande principale. Dans les actions de droit strict la compensation était prohibée en principe. Dans les cas fort rares où on l'admettait, il fallait modifier la formule, en un mot, employer des expédients de procédure. La nécessité de ces expédients résulte du système formulaire, dont il importe de rappeler ici les traits essentiels.

1° Le juge romain n'est qu'un juré ; il n'a d'autres pouvoirs que ceux conférés par son mandat, j'allais dire par sa consigne, la formule. Si le demandeur par exemple, intente l'action de vente et que la formule ait dit au juge : « *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, qua de re agitur* », il ne peut absolument s'occuper que de ce contrat et de ses conséquences. Quant aux autres affaires qui peuvent exister entre les parties, il n'a pas à s'en occuper, il n'en a pas le droit. Par l'action *venditi* je réclame le prix d'un esclave vendu ; vous m'opposez que vous m'aviez prêté de l'argent auparavant ; cela ne regarde pas le juge ; en dehors de la vente qui lui est soumise, il n'est qu'un citoyen sans mandat.

2° Dans les formules à *intentio certa*, comme par exemple : « *Si paret centum* ou *hominem Stichum dare oportere* », le juge est enfermé dans un véritable dilemme : il doit ou condamner pour le tout, ou absoudre entièrement le défendeur. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait rédiger la formule de manière à lui donner le pouvoir de diminuer la condamnation.

En outre, dans ces mêmes actions à *intentio certa*, si vous demandez plus qu'il ne vous est dû, vous perdez votre cause et avec lui votre droit, car vous ne sauriez recommencer le procès ; votre droit déduit *in judicio* a été

éteint par la litiscontestation ; il ne pouvait servir qu'une fois. Avec cet effet redoutable de la *plus petitio*, comment les Romains de l'époque classique auraient-ils pu voir dans la compensation un mode d'extinction des obligations? Quel danger pour le demandeur! Car s'il méconnaît le moindrement la créance de son adversaire, il perdra même la différence qui lui était équitablement due. Un résultat si rigoureux ne peut être admis que dans des circonstances toutes spéciales, et de nature à justifier cette sévérité.

3° Enfin, sauf dans quelques actions exceptionnelles (1), le juge ne peut condamner que le défendeur, car l'*intentio* d'une action personnelle ne mentionne jamais que les obligations du défendeur, la *condemnatio* ne contient que son seul nom.

L'abolition du système formulaire aurait suffi, on le voit, pour modifier profondément la compensation. Mais si l'on ajoute que l'institution, d'exceptionnelle qu'elle était, fut généralisée, étendue même aux actions réelles (2), on comprendra que les textes aient dû subir de profondes altérations, pour tenir compte de ces transformations radicales.

3. — Au paragraphe 53 du livre IV de ses Commentaires. Gaius s'occupait de la *plus petitio*, et continuait cette étude jusqu'à la fin du passage qui forme aujourd'hui le paragraphe 60 (3). Mais alors se trouvent deux pages (48 lignes,

(1) Les actions divisoires (*familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*).

(2) L. 14 C. *h. t.*

(3) Les Institutes de Justinien traitent de la même matière, souvent avec les mêmes expressions, aux §§ 33, 34 et 35, livre IV, titre 6. Cela ne prouve pas absolument que les Institutes aient été ici copiées sur les Commentaires de Gaius; elles peuvent l'avoir été sur les *Res cottidianæ* du même auteur, dont les termes coïncident parfois mot pour mot avec les Commentaires (voyez mes *Sources des Institutes de Justinien* dans la *Revue générale du droit*, 1891, p. 28, § 18.). — Suivant

les pages 210 et 211 du palimpseste de Vérone), complètement illisibles, et l'on n'a pu recommencer à déchiffrer qu'au mot *continetur*, par où commence aujourd'hui le paragraphe 61.

Dans ces deux pages, Gaius s'occupait sans doute des matières traitées aux paragraphes 36, 37 et 38 des Institutes IV, 6, c'est-à-dire des actions dans lesquelles on peut obtenir moins que le montant de sa créance : § 36 action *de peculio;* § 37 action *de dote*, dans laquelle le mari jouit du bénéfice de compétence (1) et peut exercer certaines retenues appelées rétentions (2), de sorte que la femme n'obtient pas le montant intégral de sa créance dotale ; § 38 même bénéfice de compétence au profit de l'ascendant, du patron, de l'associé, du donateur.

Poursuivant la même idée, Justinien au § 39 ajoute :

Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debebatur.

« Les compensations opposées ont aussi généralement pour effet de nous faire obtenir moins qu'il ne nous est dû. »

Dans les deux pages illisibles qui suivent le § 60, Gaius,

Ferrini, *Sulle Fonte delle Istituzioni di Justiniano*, p. 164, la presque totalité du titre VI des Institutes aurait été prise dans les *Res cottidianæ ;* il ne cite les Commentaires de Gaius comme source que pour les §§ 14, 15 et le commencement du § 33.

(1) C'est là encore une inadvertance des compilateurs. Il ne fallait pas, de leur temps, citer l'action *de dote* (mot qu'ils substituent au nom d'action *rei uxoriæ* conformément à L. 1, C. 5, 13) comme exemple d'action où l'on jouit du bénéfice de compétence, puisque, depuis un rescrit d'Antonin le Pieux, ce bénéfice avait été étendu à toute action entre ci-devant conjoints : voyez L. 20 et L. 52, D. *De re judicata*, 42, 1.

(2) Nouvelle et plus grave inadvertance ! L'idée était vraie pour les anciennes rétentions qui ne diminuaient pas la dette de plein droit, et que Justinien a abolies, L. *un.* § 5, C. *De rei uxor. act.* 5. 13. Mais elle est fausse pour les impenses nécessaires. Du moment qu'elles diminuent la dot de plein droit, la femme, ayant *ipso jure* une créance moindre, obtient exactement ce qui lui est dû, et non pas moins.

avons-nous dit, traitait des mêmes matières, c'est-à-dire des actions dans lesquelles on n'obtient pas toute sa créance. Cela se démontre si l'on jette un coup d'œil sur le § 69 où Gaius nous indique lui-même qu'il vient de parler un peu plus haut de l'action *de peculio* (1).

Dès lors, la suite des idées menait naturellement Gaius (comme après lui Justinien qui probablement l'a ici copié) à dire, suivant toute vraisemblance :

[*Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debetur* (2). *In bonæ fidei (enim) judiciis, libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui oporteat. In quo et illud*] (3) *continetur ut habita ratione ejus quod invicem ex eadem causa præstare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare (debeat)* (4).

« Les compensations opposées produisent aussi ce résultat que le demandeur obtiendra moins qu'il ne lui est dû, car, dans les actions de bonne foi, comme le juge a le pouvoir d'apprécier librement *ex bono et æquo* le montant de la restitution qui doit être faite, dans ce pou-

(1) G. IV § 69. *Quia tamen* SUPERIUS *mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur... etc.* Gaius devait toutefois s'étendre sur les rétentions en matière de dot, sur lesquels Justinien est fort bref, et pour cause ; cela explique pourquoi Gaius consacrait quarante-huit lignes aux matières que Justinien a resserrées en un espace équivalant à vingt lignes de Gaius.

(2) Restitué d'après Institutes IV, 6, § 39.

(3) Cette partie, depuis *In bonæ fidei*, a été restituée d'après Inst. IV, 6 § 30. Au mot *continetur* commence le texte du § 61 de Gaius, Commentaire IV.

(4) G. IV, § 61. Les Institutes (§ 39) ont littéralement copié depuis les mots *habita ratione* : « *Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debeatur : namque ex bono* et *æquo, habita ratione*, etc... sicut jam dictum est. »

Au § 30 les Institutes mettent : « *In bonæ autem fidei judiciis... continetur ut, si quid invicem actorem præstare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est, condemnari debeat.*

voir se trouve comprise la faculté de tenir compte de ce que le demandeur doit en vertu de la même cause au défendeur et de ne condamner ce dernier qu'à la différence ».

Il importe de présenter ici quelques remarques exégétiques.

D'après Ferrini *(loco cit.)*, le § 30 et le § 39 des Institutes auraient été puisés dans les *Res cottidianæ*. C'est possible. Il est possible aussi que les deux paragraphes aient été pris avec quelques variantes insignifiantes dans les Commentaires ; enfin, il peut se faire que l'un ait été copié sur les Commentaires, l'autre sur les *Res cottidianæ*.

Ce qu'il y a de sûr, c'est que les deux paragraphes ont été empruntés à un ouvrage de Gaius, la concordance au moins partielle avec les Commentaires le démontre.

4. — Seulement les compilateurs ont ici opéré avec leur maladresse habituelle. Dans le § 30, où la faculté d'opérer la compensation était déduite des pouvoirs spéciaux qui appartiennent au juge dans l'action de bonne foi, il était essentiel de spécifier que la créance reconventionnelle devait naître *ex eadem causa*, pour que son examen rentrât dans la mission du juge auquel cette *causa* était soumise, et Gaius sûrement l'indiquait dans les *Res cottidianæ*, comme il le fait au § 61 du Commentaire IV. Or, les compilateurs ont ici supprimé les mots *ex eadem causa*, en songeant que de leur temps l'*eadem causa* n'était pas nécessaire, la compensation ayant été généralisée. Mais alors il ne fallait pas rattacher la compensation aux pouvoirs que le juge possède dans l'action de bonne foi !

Au § 39, où ils parlent de la compensation en général, ils auraient dû au contraire supprimer l'*eadem causa*. Eh bien ! chose étrange, ils y laissent subsister ces mots. Ils ont déjà oublié qu'ils les ont biffés tout à l'heure, distraction d'autant plus étonnante qu'ils se souviennent fort

bien d'avoir déjà parlé du sujet, puisqu'ils ajoutent : *sicut jam dictum est.*

Impossible d'être plus maladroits ; ils retranchent quand il faudrait maintenir, et maintiennent quand il faudrait retrancher !

5. — Gaius énumérait ensuite les actions de bonne foi au § 62, et ajoutait :

§ 63. *Liberum est tamen judici nullam omnimodo invicem compensationis rationem habere ; nec enim aperte formulæ verbis præcipitur, sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.*

« Cependant le juge a la faculté de ne tenir aucun compte de la compensation, car les termes de la formule ne lui enjoignent pas expressément d'y avoir égard, mais comme cela paraît convenir à la nature de l'action de bonne foi, on estime que cela est contenu dans l'office du juge. »

Retenons bien ces mots ; le juge n'est pas forcé d'opérer la compensation, la formule ne l'y oblige pas, mais la nature même de l'action l'y invite et lui en donne le pouvoir.

La formule en effet lui pose la question de savoir ce qu'exige la bonne foi (1). Or, est-il conforme à la bonne foi, à l'équité, que le défendeur soit condamné à payer ce qu'il doit, lorsque le demandeur ne s'est pas acquitté intégralement des obligations nées pour lui du même contrat ? Notez en effet que les actions de bonne foi naissent des contrats ou quasi-contrats susceptibles d'engendrer des obligations réciproques.

(1) *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, qua de re agitur ;*
Quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona,
Quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna ; si non paret, absolve.

Par exemple, étant votre mandataire, j'ai touché cent pour vous, mais j'avais déboursé vingt pour impenses. Si vous intentez contre moi l'action *mandati*, l'équité invite le juge à tenir compte de ce que vous me devez vous-même en vertu du mandat, c'est-à-dire *ex eadem causa*.

Dans l'hypothèse précédente, les deux dettes consistent en argent. Il n'est pas nécessaire pourtant qu'elles aient toujours pour objet des choses fongibles de même espèce, et la compensation se produira fort bien *ex dispari specie*. Supposez qu'un individu ayant vendu un troupeau de cent moutons pour cent écus n'en ait livré que quatre-vingt-dix-neuf, ou bien en ait livré un atteint d'une maladie rédhibitoire, en un mot dans des conditions telles que pour cet animal la livraison doive être réputée nulle ; si le vendeur intente l'action *venditi* et se prétend créancier de cent écus, l'acheteur, voulant ne payer que quatre-vingt-dix-neuf écus, invoquera la compensation entre sa créance, ayant pour objet le mouton qu'il n'a pas reçu, et la centième partie de son prix. Qu'importe qu'il ne s'agisse pas ici d'objets de la même espèce ? Toute condamnation étant pécuniaire, les droits des parties doivent toujours être appréciés en argent ; rien ne s'oppose donc à ce que le juge, après avoir expertisé la valeur de la créance du demandeur, estime aussi la créance du défendeur et opère la soustraction.

Il ne saurait donc être ici question d'une compensation s'opérant d'elle-même, *ipso jure*. Les deux obligations du demandeur et du défendeur se réduisent, à défaut d'exécution, en dommages intérêts déterminés par le juge, qui opère ensuite la soustraction. C'est ce qu'indique clairement Gaius par les mots : « *ut habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa prestare oporteret.* » *Oporteret :* il *faudrait* que le demandeur fît une presta-

tion, mais il ne l'accomplit pas ; il faut donc l'estimer en argent et la porter en compte *(habita ratione).*

6. — Autant la similitude des objets présente peu d'importance, autant l'identité de cause est essentielle, et cela non seulement pour un motif de forme, mais encore pour une raison d'équité.

En la forme, le juge, chargé de tirer les conséquences équitables du contrat de vente qui lui est soumis, n'a aucune compétence pour examiner les autres affaires des parties.

Au fond, l'équité parle beaucoup moins haut en faveur de la compensation lorsque le défendeur invoque une créance née d'un tout autre contrat, d'une affaire distincte. Alors en effet, il n'y a pas de rapport entre les deux obligations ; si mon fermier est en retard pour son loyer, est-ce une raison de retenir le cheval ou la voiture que par hasard il m'a prêtée ?

Au contraire, tout contrat synallagmatique est un échange : chacune des parties ne doit se dessaisir complètement de l'objet dû que lorsqu'elle tient l'objet promis. Nous supposons, bien entendu, les obligations exigibles l'une et l'autre, c'est la règle en matière de compensation. Dans le cas de vente supposé tout à l'heure, l'acheteur dira que, s'il ne payait pas le prix, c'est qu'il attendait que le vendeur achevât sa livraison restée incomplète.

La compensation *ex eadem causa* repose au fond sur la même idée que l'article 1184 du Code civil :

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à son engagement. »

Cette compensation réalise même cette condition résolutoire dans la mesure des obligations non encore exécutées, puisqu'elle dispense de les exécuter.

Et la raison d'équité qui fonde ici le droit est si forte

que la jurisprudence française, pour y obéir, n'a pas hésité à faire brèche aux principes généraux qui régissent la faillite dans notre droit, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater plus tard (1).

Un contrat synallagmatique est un tout dont les parties sont, sinon inséparables, du moins fortement unies les unes aux autres et ne doivent pas être séparées sans de graves raisons.

C'est sur cette unité, cette indivisibilité normale du contrat synallagmatique que Paul fonde une solution bien remarquable. La dette que vous opposez fût-elle seulement une dette naturelle, fût-elle due par un autre que le créancier poursuivant, fût-elle à la fois naturelle et due par un autre, fût-elle due à un autre qu'à vous, elle n'en doit pas moins être admise en compensation, si elle résulte du même contrat synallagmatique :

L. 9, D. h. t. Paulus, libro 32 ad Edictum :

Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur. § 1. Sed si cum filiofamilias agatur, an quæ patri debeantur filius compensare possit, quæritur ? Et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum conditione ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit.

« Si nous avons contracté une société avec un fils de famille ou un esclave, et que le maître ou le père nous actionne, nous sauvegardons par la compensation la totalité de notre créance, tandis que, si nous étions demandeurs, le père ne nous paierait qu'*intra vires peculii*. § 1. Mais si l'on agit contre l'associé fils de famille, peut-il opposer en compensation ce que nous devons à son

(1) Chapitre III, § 31.

père (1) ? On doit l'admettre, car le contrat est un, mais à la condition que le fils de famille garantisse que son père ratifiera, c'est-à-dire ne réclamera pas la créance que le fils a opposée en compensation. »

Dans le cas de société contractée avec un esclave, le maître est tenu *intra vires peculii* des engagements de l'esclave. Pour le surplus ce dernier seul est tenu, et seulement d'une dette naturelle.

Voici un autre exemple de dette naturelle pouvant être opposée en compensation. On sait que, depuis un rescrit d'Antonin le Pieux, le pupille est tenu civilement jusqu'à concurrence de l'enrichissement résultant pour lui du contrat. Pour le surplus, il est tenu naturellement. Cela posé, la L. 3 § 4, D. *Neg. gestis,* 3, 5 est ainsi conçue :

Ulpianus, lib. 10 ad Edictum :

Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior; agendo autem compensationem ejus quod gessit, patitur.

« Si un pupille a géré les affaires d'autrui, après le rescrit d'Antonin le Pieux il peut être actionné dans la mesure de son enrichissement. Que s'il intente l'action, il doit subir la compensation pour la totalité de ses actes de gestion. »

Voilà encore un effet de l'*eadem causa*. Le pupille ne saurait sans dol demander l'exécution à son profit d'un contrat ou quasi-contrat synallagmatique (parfait ou imparfait) sans se soumettre de son côté aux obligations qui résultent de ce même acte.

C'est à propos d'un contrat synallagmatique parfait, la société, qu'Ulpien a dit :

(1) En vertu de ce même contrat de société. N'oublions pas que toutes les créances que le fils de famille acquiert appartiennent à son père.

Etiam quod natura debetur venit in compensationem. (L. 6 D. h. t. Ulpianus, lib. 30 ad Sabinum.)

Or, dans ce livre Ulpien, après avoir terminé la vente, traite de la société; sur vingt-huit fragments de ce livre au Digeste, il y en a vingt-deux consacrés à la société (1). Suivant toute vraisemblance, Ulpien prévoyait précisément le même cas que Paul dans la L. 9. pr., D. h. t., c'est-à-dire une société contractée avec un esclave (2). En tout cas, Ulpien avait en vue une hypothèse de compensation *ex eadem causa.*

Les compilateurs (comme ils l'ont fait tant de fois, surtout au titre *de regulis juris*), en isolant le fragment de son contexte, lui ont donné une portée générale qu'il n'avait pas; la possibilité d'apposer en compensation des créances naturelles doit être restreinte à l'hypothèse d'*eadem causa* (3). Et remarquez bien qu'ils ne l'ont fait que par étourderie; point d'intention cachée; elle serait d'ailleurs absurde, car lorsque la loi a jugé bon de refuser à un créancier l'action, c'est-à-dire le moyen de contraindre le débiteur à s'acquitter, c'est aller contre son but que de permettre au créancier d'arriver au même résultat indirectement. Opposer la compensation, cela équivaut à réclamer par voie d'action (4).

Revenons au principe et résumons-nous:

Bien qu'aucune partie de la formule n'imposât au

(1) Voyez Lenel, Palingenesia, Ulp. lib. 30 ad Sab.

(2) Tel est aussi le sentiment de Lenel, qui, sur le fragment 2738 d'Ulpien, renvoie en note à la L. 9 pr. D. h. t.

(3) Dans le cas de la L. 20 § 2 D. *De statuliberis*, 40,7, l'esclave à qui le testateur a légué la liberté à condition de donner 10 à l'héritier, accomplit la condition par une compensation, si l'héritier lui doit (naturellement) une somme égale. Mais il ne s'agit pas ici de compensation judiciaire; il faut voir seulement si cela remplit les intentions du testateur, et le jurisconsulte le décide. Voyez chapitre VII, § 23.

(4) L. 15, D. *Ratam rem*, 46,8: *Nam et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petisse eum videri.*

juge l'obligation de faire la compensation, il en avait le pouvoir, la libre faculté : *libera potestas*, disent les Institutes (1) qui reproduisent sans doute ici les termes mêmes dont se servait Gaius ; ce pouvoir il le tenait de la nature même de l'action.

7. — C'est pourquoi nous n'hésitons pas à croire que la compensation *ex eadem causa* a été admise de tout temps dans l'action *bonæ fidei*, c'est-à-dire dès que le Préteur a délivré une formule dont l'intention portait :

« *Quiquid ob eam rem dare facereve oportet* EX FIDE BONA ».

Dans les formulaires de Caton relatifs au louage d'ouvrage pour la cueillette des olives et la fabrication de l'huile, on prévoit plusieurs cas où le salaire sera diminué par suite de l'inaccomplissement des obligations de l'entrepreneur ou des défectuosités de l'accomplissement. Par exemple, s'il ne rend pas dans l'état où elles lui ont été remises (sauf les ruptures par vétusté) les échelles qui lui ont été confiées, il devra sur son salaire subir une réduction estimée *boni viri arbitratu* (2). Voilà bien la compensation prise sur le fait, si j'ose ainsi parler, au milieu du VIe siècle. Elle est ici conventionnelle, mais il s'agit de clauses d'usage, puisqu'on les trouve dans les formulaires. Or, tout ce qui a été clause d'usage expressément formulée à l'origine, comme par exemple la garantie en matière de vente, est devenu plus tard un effet naturel du contrat (3). La bonne foi exige en effet que

(1) IV, 6, § 30.

(2) Marcius Porcius Cato, *De agricultura* CXLIV, 3, dans les *Fontes* de Bruns, 6e édition, *Pars posterior*, p. 49 et suiv. : « *Scalæ ita uti datæ erunt, ita reddito, nisi quæ vetustate fractæ erunt. Si non erunt redditæ, æquom viri boni arbitratu deducetur.* — Voyez aussi même chapitre 7, 8 et chap. CXLV, 5, 6, 7, 9.

(3) Les contrats consensuels existaient-ils déjà ? Les formules de Caton sont-elles des modèles de contrats consensuels, ou des séries de clauses validées en bloc par une stipulation ? Nous n'avons pas à prendre

les clauses d'usage soient appliquées même dans le silence des parties.

Dernburg (1) a pourtant soutenu qu'on a hésité quelque temps à admettre la compensation dans les actions de bonne foi.

Mais les textes sur lesquels il s'appuie sont loin de prouver sa thèse.

Il cite la L. 10 § 9, D. *Mandati* 17,1.

Ulpianus, lib. 31 ad. Edictum :

Idem Labeo ait, et verum est, reputationes quoque hoc judicium admittere, et sicut fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.

« Le même Labéon dit avec raison que cette action admet aussi la compensation. Le mandataire est tenu de rendre compte des fruits qu'il a perçus ; réciproquement il en déduira les dépenses faites pour les percevoir. »

Ainsi il semble qu'on ait hésité à admettre la compensation dans l'action de mandat *(mandati directa)*.

Mais cela s'explique aisément. L'admission de la compensation avait pu soulever quelque doute, car le mandant pouvait dire : « C'est pour mon mandataire une obligation sacrée que de restituer immédiatement ce qu'il a touché pour mon compte ; il n'est pas conforme à la bonne foi de retarder la restitution du bien qui lui a été confié, à raison de créances qu'il prétend avoir. » On sait que la compensation a fini par être interdite dans l'action de dépôt (2). Or, il y a entre le dépôt et le mandat une grande

parti sur cette question. M. Girard *(La date de la loi Æbutia*, Z. S. S. tome 14, R. A. p. 22) dit à ce propos : « Rien n'indique qu'elles fissent naître des actions de bonne foi. Leur rédaction prudente et compliquée, dans laquelle les parties se croient forcées de tout spécifier et de tout prévoir, implique même l'idée contraire. »

(1) P. 80-93.

(2) L. 11, C. *Depositi*, 4,34.

analogie. Dans les deux cas, le demandeur a marqué sa foi en la probité du défendeur, et par conséquent le défaut de restitution peut passer pour un abus de confiance.

On comprend donc que la question de savoir si la compensation était possible en cas de mandat ait pu se poser.

Mais cela ne prouve pas qu'en principe on ait hésité à admettre la compensation dans les actions de bonne foi.

Dernburg cite encore la L. 52, § 2, D. *Familiæ ercis.*, 10, 2 : Julianus lib. II ad Urseium Ferocem.

Arbiter familiæ erciscundæ inter me et te sumptus, quædam mihi, quædam tibi adjudicare volebat ; pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat; quæsitum est an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta, eum solum, cujus summa excederet, ejus duntaxat summæ quæ ita excederet, damnare ? Et placuit posse.

« L'arbitre pris pour statuer entre nous sur l'action *familiæ erciscundæ* voulait m'adjuger certaines choses en totalité, et vous en attribuer d'autres. Il fallait donc qu'il nous condamnât à nous payer réciproquement des soultes. On demanda s'il ne pouvait pas, compensant les condamnations, ne condamner que l'un de nous à la différence ? Réponse : il le peut. »

Ce texte prouverait, dit Dernburg, que, même à l'époque de Julien, c'était une question que de savoir si dans l'action *familiæ erciscundæ*, qui est de bonne foi, la compensation rentrait dans l'office du juge (1).

Mais il y avait ici une raison de douter qui naissait de l'hypothèse spéciale prévue par le texte.

Il s'agit ici de créances qui n'existaient pas lors de la

(1) L'action *familiæ erciscundæ* est de bonne foi : voyez L. 14 § 1, D. *Communi dividundo*, 10,3 ; L. 4 D. *eod.*; L. 9 C. *Fam. ercis.*, 3,36 ; Inst. IV, 6, § 28.

litiscontestation et qui n'ont dû leur existence qu'à la condamnation prononcée par l'arbitre. C'est lui qui les a créées de toutes pièces en vertu de son pouvoir d'adjudication. Il ne s'agissait donc pas ici de compenser deux créances, mais, pour parler avec la rigoureuse exactitude du texte, de compenser deux condamnations. Le juge avait-il ce pouvoir, ou devait-il laisser ce soin aux parties elles-mêmes?

On pouvait douter que sa mission allât jusque-là, car la formule révélée par ce texte lui-même devait dire: « *Alterum alteri condemna* ». C'est-à-dire : « Si tu adjuges la totalité d'une chose à l'un, condamne l'autre à payer une soulte. »

Il n'y avait qu'une seule formule pour tous les co-partageants (1) et le juge avait la mission de condamner, le cas échéant, chacune des parties à payer une soulte aux autres. Mais, une fois les condamnations prononcées, sa mission n'est-elle pas terminée? D'ailleurs, ces créances, il ne pouvait pas les compenser avant sa sentence, puisqu'elles n'existaient pas encore.

Ainsi les textes invoqués ne prouvent ancunement la thèse de Dernburg.

De tout temps le juge d'une action de bonne foi a eu le pouvoir de tenir compte des créances reconventionnelles nées *ex eadem causa*. Ce pouvoir devait nécessairement exister, notamment dans l'action *tutelæ directa* avant que le Préteur ne créât l'action contraire (2), sans quoi le tuteur n'aurait pu faire la moindre avance à son pupille, puisqu'il n'aurait eu aucun moyen de se faire rembourser, même s'il se trouvait redevable de plus fortes sommes (3).

(1) Voyez Keller, *Procédure civile des actions*, note 458. — Lenel, *Das Edictum*, p. 162, 163. Voyez aussi plus bas, chap. IV, n° 8.

(2) L. 1. pr. D. *De contraria tutelæ*, 27, 4.

(3) La compensation a-t-elle eu son origine première dans les actions

8. — Nous avons vu que ce pouvoir de compenser constituait pour le juge une faculté, *libera potestas.*

Ce n'était pourtant pas un pouvoir complètement discrétionnaire, car c'était aussi pour lui un devoir : *officio contineri*, dit Gaius, IV, § 63. De même la L. 2, pr. D. 27, 2 nous dit : « *Officio judicis... congruit, reputationes non improbos admittere.* » Mais dans quelle mesure était-ce un devoir ? Dans la mesure où le veut l'équité, puisque le juge doit statuer ici *ex bono et æquo* : « *Sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur* (1). »

C'est donc un *pouvoir* qui devient un *devoir* quand l'équité le commande. Mais l'équité le commande-t-elle dans tous les cas ? Si, par exemple, la créance du demandeur est parfaitement claire, celle du défendeur au contraire très contestable quant à son existence, très obscure quant à sa quotité : en un mot, si elle manque complètement de liquidité, si elle est même suspecte, serait-il équitable de faire attendre très longtemps le demandeur, pour aboutir peut-être, soit au rejet de la créance opposée, soit à sa réduction à une somme infime? Evidemment l'équité exige plutôt ici un renvoi *ad separatum*. Que le défendeur intente l'action qu'il tient du contrat, l'action *contraria*, par exemple, et justice lui sera rendue, sans que la réclamation évidemment fondée du demandeur ait subi d'injustes retards.

Donc le juge pouvait renvoyer *ad separatum* pour défaut de liquidité.

Ce renvoi *ad separatum* devait être admis plus ou

de bonne foi, comme le soutient Scheurl, *op. cit.* p. 152 ; ou bien faut-il dire avec Eisele (p. 11 et suiv.) que la *compensatio* de l'*argentarius* constitue le type originaire ? C'est là, à notre gré, une question oiseuse que nous nous dispenserons de traiter.

(1) Gaius, IV, 63.

moins facilement selon que la créance reconventionnelle était plus ou moins indépendante de la créance principale. Il ne faut pas croire en effet que le lien entre les deux créances soit également étroit dans toute action de bonne foi. Si le contrat d'où naît l'action est un contrat nécessairement synallagmatique, comme la vente, le louage, alors le lien entre les deux créances est manifestement très étroit. Si au contraire le contrat est unilatéral de sa nature, comme le dépôt, le commodat, s'il engendre seulement dans certains cas des créances de la part du défendeur, en un mot, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique imparfait, alors le lien paraît moins étroit et par suite le renvoi *ad separatum* semble devoir être admis plus facilement (1).

C'est peut-être pour ce motif que les textes nous parlent du renvoi *ad separatum* surtout à propos des créances garanties par l'action contraire, qui sanctionne, on le sait, les créances pouvant naître éventuellement d'un contrat synallagmatique imparfait.

Nous allons en étudier quelques-uns.

L. 18 § 4, D. *Commodati*, 13.6. Gaius lib. 9 ad Ed. prov.

Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, AUT JUDEX PENSATIONIS RATIONEM NON HABEAT, *aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est : dicemus necessariam esse contrariam actionem.*

« Ce que l'on peut réclamer par l'action contraire, on l'obtient aussi par voie de compensation dans l'action directe

(1) Eisele, p. 6.

où l'on est défendeur. Mais il peut arriver : 1° que la valeur dont on est créancier soit plus forte que celle dont on est débiteur ; 2° *ou bien que le juge ne tienne pas compte de la compensation opposée ;* 3° ou enfin que le commodataire ne soit pas actionné en restitution de la chose, soit qu'elle ait péri par cas fortuit, ou qu'il l'ait restituée à l'amiable. Dans tous ces cas nous dirons que l'action contraire lui est indispensable pour recouvrer sa créance. »

L. 8 § 2, D. *De neg. gest.*, 3,5, Ulpianus, lib. 10 ad Ed.

Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quod si post examinationem reprobatæ fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatæ opponenda est.

« Si, pour une raison quelconque, le juge n'a pas tenu compte de la compensation opposée, on peut agir par l'action contraire, mais si, après avoir examiné les créances opposées en compensation, le juge les a trouvées mal fondées, on ne peut plus agir par l'action contraire, car on se verrait opposer l'exception de chose jugée. »

L. 1 § 4 D. *De contr. tut.* 27,4, Ulpianus lib. 36 ad Ed.

Præterea si tutelæ judicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit sumptus. Quid ergo si judex compensationis ejus rationem non habuit ? An contrario judicio experiri possit ? Et utique potest. Sed si reprobata est hæc reputatio, et adquievit, non debet judex contrario judicio id sarcire.

« Lorsque le tuteur est défendeur à l'action *tutelæ*, il peut porter en compte ce qu'il a dépensé pour le pupille. Ainsi il dépend de lui d'opposer ses dépenses en compensation ou de les réclamer par voie d'action.

Qu'arrivera-t-il donc si le juge n'a pas tenu compte de ces créances ; le tuteur pourra-t-il encore intenter l'action *contraria ?* Evidemment oui : mais si sa réclamation a été jugée mal fondée, et qu'il ait acquiescé, le juge ne peut réparer cela dans l'action *contraria* ».

Dans ces fragments, il s'agit manifestement de créances que le défendeur a fait valoir et opposées en compensation.

Cela posé, ces textes prouvent :

1° Que le juge peut ne pas tenir compte de la compensation proposée, sans déclarer pour cela que la demande reconventionnelle n'est pas fondée.

2° Et qu'il le fait, non pas seulement par caprice, mais encore par suite de certaines raisons : « *quocumque modo* » pour quelque raison que ce soit, L. 8 § 2, D. *De neg. gestis,* 3, 5.

Quelles peuvent être ces raisons, sinon des doutes sur l'existence ou sur le quantum de la créance invoquée, en un mot le défaut de liquidité ? Car si la créance invoquée était liquide, certaine et déterminée quant à son chiffre, le juge aurait gravement blessé l'équité en n'en tenant pas compte, ce qu'il ne faut pas supposer.

Nous n'invoquerons pas ici un autre texte, la L. 7 § 1, D., *h. t.* parce qu'il pourrait fort bien se rapporter à la *compensatio* de l'*argentarius*, et non à une action de bonne foi (en ce sens Lenel, *Quellenforschungen*, etc., dans Z. S. S., 1882, p. 104 et s.). Le *principium* de ce fragment reproduit en effet la règle excluant les dettes non échues de la compensation, règle que Gaius exprime au § 67 du Commentaire IV, en ces termes : « *Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur ; compensatur autem hoc solum quod præsenti die debetur.* De même Ulpien nous dit (L. 7 *pr.* § 1) :

Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies venit, quamquam dari oporteat. — § *1. Si rationem*

compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatæ exceptio objici potest ; aliud dicam si reprobavit pensationem quasi non existente debito, tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio.

« Ce qui est dû à terme n'entrera pas en compensation avant que le terme soit arrivé, bien qu'il y ait dette. — § 1. Si le juge n'a pas tenu compte de la compensation, le défendeur garde son action et l'exception de chose jugée ne saurait lui être opposée. Je donnerai une autre solution si le juge a rejeté la compensation par le motif qu'il ne m'était rien dû, car alors l'exception de chose jugée me serait opposable. »

On peut supposer que, si le juge n'a pas tenu compte de la créance opposée en compensation, c'est qu'elle n'était pas exigible, et ainsi le § 1 se relierait au *prœmium*.

Il faut ajouter (Lenel, *loc. cit.*) que ce texte est extrait du livre XXVIII d'Ulpien sur l'Edit ; il y parlait des actions *commodati*, *pigneraticia*, de la *compensatio* de l'*argentarius*, de l'action exercitoire et de l'action institoire.

10. — Parfois le renvoi *ad separatum* était prononcé par le juge pour défaut de liquidité, à la charge par le demandeur de donner caution de payer la créance reconventionnelle lorsqu'elle serait liquidée. L. 3, D. *De tutelæ et rationibus*, 27,3. Pomponius lib. 5 ad Sabinum :

Si tutelæ aut negotiorum gestorum (1) *agatur, incerto hoc quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitratu judicis cavendum est quod eo nomine eis absit.*

(1) C'est arbitrairement que Pothier, *Pandectæ justinianeæ* 27, 4, n. 7, intercale ici les mots : « *contrariis actionibus* », ce qui change complètement le sens du texte, car alors il signifie que le tuteur, intentant l'action contraire pour une créance au *quantum* inconnu, obtiendra du juge des garanties.

« Si l'on intente l'action de tutelle ou de gestion d'affaires, et que le montant de la somme due reconventionnellement au tuteur ou au gérant d'affaires soit inconnu, le juge déterminera de quelle façon on devra leur garantir leurs déboursés. »

Ce texte prouve jusqu'à l'évidence que le renvoi *ad separatum* était possible pour défaut de liquidité. Cela nous dispense de réfuter longuement l'opinion contraire de Schwanert, d'après lequel le juge n'aurait pu renvoyer *ad separatum* pour ce motif (1). Cette doctrine est d'ailleurs en contradiction avec la liberté d'appréciation que les textes reconnaissent au juge de l'action de bonne foi. Schwanert invoque la L. 8, D. Gaius lib. 9 ad Ed. prov.: *In compensationem etiam id deducitur quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.*

« Dans la *compensatio* on déduit même les créances pour lesquelles le défendeur actuel a déjà intenté une action et fait *litis contestatio* contre le demandeur. La diligence qu'il a faite ne doit pas empirer sa situation, ce qui arriverait si on lui refusait le bénéfice de la *compensatio*. »

Ce texte de Gaius ne contenant aucune allusion à l'*eadem causa* se rapporte vraisemblablement à l'un des cas de compensation dans les actions de droit strict, connus de Gaius, probablement à celui de l'*argentarius*. Il n'y a donc rien à en tirer pour le cas qui nous occupe, celui des actions de bonne foi.

Mais, même en le supposant applicable à notre hypothèse, il ne prouverait rien en faveur de la thèse de Schwanert. En vain dirait-on : « La créance du défendeur

(1) Schwanert, *op. cit.*, p. 18 et s., cité par Eisele p. 8.

n'est pas liquide ici, puisqu'il a dû actionner dans une autre instance le demandeur actuel ; pourtant malgré ce défaut de liquidité on admet cette créance en compensation. » La réponse est trop facile. Le procès ne prouve point que la créance du défendeur ne soit pas liquide, mais seulement que le demandeur actuel ne paie pas. Il ne dépend pas en effet d'un débiteur de faire perdre à une créance sa liquidité en refusant de la payer à l'amiable.

Selon Schwanert, le renvoi *ad separatum* ne serait possible que pour cause de non-exigibilité et non pour défaut de liquidité, notamment dans l'action de gestion d'affaires. Mais la L. 3, D. 27, 3, citée plus haut, prouve précisément le contraire.

11. — Ce n'est pas seulement dans les contrats et quasi-contrats imparfaitement synallagmatiques que le renvoi *ad separatum* est possible : rien n'empêche de le prononcer, le cas échéant, pour des contrats synallagmatiques parfaits.

L'opinion contraire reviendrait à dire que, dans un pareil contrat, la prétention du demandeur ne doit avoir pour objet que la différence entre sa créance et celle du défendeur, que, s'il réclame le tout, il réclame réellement plus qu'il ne lui est dû, et que, par suite, le juge est tenu de réduire sa réclamation.

Mais Gaius est très loin d'admettre cette théorie ; ce que réclame le demandeur lui est bien dû, mais, comme l'action est de bonne foi, le juge a pourtant le pouvoir, en vertu des principes équitables qui régissent sa mission dans ces actions, de tenir compte de la créance du défendeur, de les peser toutes les deux *(compensare)*, de sorte qu'en définitive l'action du demandeur lui procure moins qu'il ne lui est dû (1). Le mot même de compensation proteste

(1) Inst., IV, 6 § 39, vraisemblablement copié sur Gaius : *Compensa-*

contre cette idée d'un lien si intime entre les deux créances qu'elles ne pourraient être séparées. On ne pèse, on ne balance ensemble que deux choses bien distinctes. Cela nous conduirait tout droit à une idée de compensation légale, s'opérant *ipso jure*, idée qui n'est certes pas celle de Gaius, ni même, on peut le dire hardiment, celle d'aucun jurisconsulte romain.

12. — Naber cependant a récemment soutenu, dans le latin élégant qu'on sait encore écrire en Hollande (1), que parfois les prudents n'attendent pas l'office du juge pour opérer la compensation dans les actions de bonne foi ; il lui semble qu'Ulpien la supposait s'effectuant d'elle-même dans le fragment 3 § 3 D. *De contraria tutelæ*, 27, 4 :

Quare, si in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem, quam impendit desinit vertisse et exinde usuras non prestabit ; et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita, ut ejus summæ non præstet usuras.

On sait que le tuteur doit les intérêts à 12 °/₀ des sommes qu'il a employées à son usage personnel, L. 7, § 4 D. *De admin. et per. tut.* 27, 4.

« Si le tuteur a employé à son usage personnel l'argent du pupille, puis qu'il ait, de sa bourse, fait quelque dépense pour le patrimoine du pupille, il cesse d'avoir employé à son profit une somme égale au montant de son impense, et à partir de ce moment il n'en doit plus les intérêts. C'est pourquoi, si à l'inverse il a d'abord fait une impense, puis employé ensuite à son usage personnel l'argent du pupille, il ne sera pas considéré comme ayant joui d'une

tiones quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debeatur.

(1) Naber, *Observatiunculæ de jure romano. Mnemosynes bibliothecæ philologicæ batavæ*, vol. XXI, p. 33.

somme égale à celle qui lui est due et n'en paiera pas les intérêts. ».

La solution s'explique très aisément, sans admettre une compensation légale. En faisant une dépense pour le pupille, le tuteur lui a remboursé l'argent qu'il avait employé à son propre usage ; il doit être considéré comme ayant versé dans la caisse de son pupille l'argent qu'il lui devait, puis comme ayant ensuite payé avec cet argent la dépense en question. De même, lorsqu'il a employé à ses usages personnels l'argent du pupille après avoir fait de sa propre bourse une dépense pour lui, le tuteur doit être regardé comme s'étant fait payer par son pupille. Il a qualité pour payer en ses propres mains ce qu'il doit au pupille, et pour recevoir ce que le pupille lui doit.

Du moment que le pupille se trouve désintéressé, l'équité, qui dicte son office au juge de l'action de bonne foi, ne permet point que le tuteur continue à payer désormais les intérêts des sommes employées à son propre usage.

L'autre texte invoqué par Naber n'est pas plus probant :

L. 14, C. *De negotiis gestis,* 2, 18 [19] : *Ipsi sane qui mandavit adversus te mandati actio est; sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti.*

« Le mandant a contre toi l'action *mandati directa*, mais tu as aussi contre lui l'action *mandati contraria*, si tes dépenses excèdent tes recettes. »

Il ne résulte nullement de là que la compensation s'opère toute seule. Le texte se place au point de vue pratique; on n'a pas d'action quand, si le juge sait son métier, on doit être débouté. Or, un mandataire ne peut, bien entendu, avoir d'action *efficace* que si ses dépenses excèdent ses recettes.

Ainsi, la compensation dans les actions de bonne foi s'opère par l'office du juge, organe de l'équité. C'est à lui d'apprécier, à ce point de vue et selon les circonstances

de la cause, s'il y a lieu de compenser ou de prononcer le renvoi *ad separatum*. Tout dépend de son appréciation souveraine.

13. — Par conséquent, dans les actions de bonne foi, les jurisconsultes classiques n'ont jamais admis ni pu admettre que la compensation s'opérât *ipso jure*, et si nous rencontrons cette expression dans un texte se rapportant à cette matière, nous pouvons être certains de nous trouver en présence d'une interpolation.

On en est encore plus sûr dans les textes qui visaient la *compensatio* de l'*argentarius* ou la *deductio* du *bonorum emptor*. Dans ces deux cas, c'est par des modifications de la formule, par conséquent ce n'est pas *ipso jure*, que la compensation s'opère.

Quant au rescrit de Marc-Aurèle, d'après lequel (selon les Institutes) la compensation s'opérait dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol — donc *exceptionis ope* —, ce n'est pas à coup sûr dans les textes (s'il en existe) qui contiendraient des applications de ce procédé, que l'on pourra espérer trouver une compensation opérant *ipso jure*.

Dans tous ces cas, sauf celui des actions de bonne foi, la compensation est amenée par des moyens de procédure, et par conséquent n'a pas lieu *ipso jure*.

Même dans les actions de bonne foi, nous venons de le voir, le pouvoir d'appréciation souverain, *libera potestas* (1), qui permet au juge d'admettre la compensation ou de renvoyer *ad separatum* selon les cas, est également inconciliable avec l'idée d'une compensation s'opérant *ipso jure* et par conséquent *s'imposant à lui*.

D'un autre côté, Justinien ayant décidé par la L. 14 C. que la compensation s'opérerait *ipso jure* dans toutes les

(1) Inst. IV, 6 § 30.

actions, les compilateurs devaient forcément, pour se conformer aux instructions impériales, parsemer les textes d'un certain nombre d'*ipso jure* (1).

De là, une conséquence inévitable et d'une importance extrême pour la suite de notre étude :

Toutes les fois que, dans un texte antérieur à Justinien, on trouve l'expression ipso jure *employée pour caractériser la manière dont la compensation s'opère, on peut être absolument certain que ces mots, et ceux dont on ne peut les séparer, ont été interpolés.*

On n'a pas à faire cette preuve pour chaque texte ; elle est faite a priori, *parce que, autant il est naturel que les compilateurs aient introduit ces mots, autant il est impossible que des jurisconsultes classiques les aient employés.*

14. — Parmi les textes des jurisconsultes classiques où les compilateurs ont inséré l'expression *ipso jure*, l'un des plus remarquables est la L. 10 pr. D. h. t. (2).

Ulpianus libro 63 ad Edictum :

Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, IPSO JURE *compensatione neglegentiæ facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam neglegentiam exhibuerit quæ eadem quantitate æstimatur, compensationem factam videri et* IPSO JURE *invicem liberationem.*

« Si, étant associés, nous avons apporté à la gestion des affaires sociales une négligence équivalente, il faut dire que nous cessons d'être obligés l'un envers l'autre, compensation faite (de plein droit) de notre négligence. Semblablement, si l'un a retiré quelque valeur du fonds social, tandis que l'autre s'est rendu coupable d'une négligence de nature à le constituer débiteur d'une indemnité

(1) Ajoutez ce que nous dirons au chap. VIII sur cet *ipso jure*.
(2) Voyez aussi plus bas, chap. III, § 34.

équivalente, il faut dire que la compensation est censée faite et les associés libérés (de plein droit) l'un envers l'autre. »

L'*ipso jure* qui se rencontre deux fois dans ce texte est visiblement un tribonianisme ; l'affectation même avec laquelle il revient dans chacune des deux phrases, trahit une interpolation systématique. Mais, en laissant de côté l'*ipso jure*, toute difficulté n'est pas écartée et Naber eût pu à bon droit rapprocher ce texte, même purgé d'une adjonction trop visible, de la L. 3 § 3, D. *De contraria tutelæ*, 27, 4. Ulpien se sert ici d'expressions analogues à celles qu'il emploie dans la L. 3 ; il dit du tuteur qui a employé à son usage *(in usus suos vertit)* l'argent du pupille et qui ensuite vient à faire de sa poche des dépenses pour ce pupille : « *quam impendit pecuniam* DESINIT *vertisse* », comme dans la L. 10 : « DESINERE *nos invicem esse obligatos* ». Dans la L. 3, il ajoute : « *non* VIDEBITUR *vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita* » ; dans la L. 10 il déclare : « *compensationem factam* VIDERI ». L'explication que nous avons donnée plus haut (p. 79) de la L. 3, en disant que le tuteur s'est payé lui-même, ne suffit plus ici : pour un associé, causer un préjudice aux affaires sociales par sa négligence, ce n'est pas un moyen de se faire payer l'indemnité qui lui est due par l'autre associé à raison d'une négligence commise par cet autre associé, ou d'une perception faite par lui sur le fonds commun.

D'un autre côté, il est parfaitement certain, par le témoignage d'Ulpien lui-même, que de son temps la compensation ne s'opère pas *ipso jure* dans les actions de bonne foi ; le défendeur est libre de l'invoquer ou de garder sa créance (1).

(1) *Sic erit arbitrii ejus (tutoris), utrum compensare an petere velit sumptus.* L. 1 § 4 D. *De contraria tutelæ*, 27, 4.

Il est donc probable, comme l'enseigne Eisele (1), qu'il s'agit ici d'une règle spéciale au contrat de société. La doctrine d'Ulpien repose sur cette idée que le contrat de société contient en soi une clause tacite de compensation conventionnelle, s'appliquant à toutes les créances pouvant naître du contrat, en sorte qu'il n'y aura jamais qu'un des associés qui sera créancier de l'autre. Celui-là n'aura à réclamer à l'autre qu'un solde, la différence entre l'évaluation de sa créance et celle de sa dette. Cela se comprend assez bien dans ce contrat, où tout en définitive doit se régler par des comptes entre associés. A la fin de la société, ne procéderait-on pas à une liquidation, en vertu de laquelle le reliquat seul serait payé par qui de droit (2)?

Il n'y a rien de contradictoire avec cette idée dans un texte de Paul que nous connaissons déjà, la L. 9 § 1 D. h. t. Lorsqu'un fils de famille associé est poursuivi par l'action *prò socio*, il ne peut opposer en compensation les créances nées *ex eadem causa* et acquises par lui à son père, qu'en garantissant la ratification de ce père. On pourrait dire : s'il y avait une clause tacite de compensation conventionnelle, le fils n'aurait pas besoin de la ratification paternelle ; en vertu du contrat même, il ne devrait qu'une différence. Mais, pour que la clause de compensation conventionnelle, s'appliquant aux créances à naître du contrat, pût produire effet, il faudrait que le fils de famille eût pu disposer par avance des créances qu'il acquerrait par la suite à son père ; visiblement, il n'a pas ce pouvoir. On peut donc comprendre la nécessité de

(1) Eisele, p. 174.

(2) Par suite de cette explication, Eisele va jusqu'à croire que le *ipso jure* n'est pas nécessairement interpolé ici. Mais l'interpolation résulte et de la répétion du mot, et de ce qu'on peut le retrancher sans altérer sensiblement le sens du fragment.

la caution, si toutefois la fin du § 1 de la L. 9 est bien de Paul, ce dont on peut douter (1).

15. — C'est peut-être à cette particularité de la société, à cette clause tacite de compensation conventionnelle en matière de société, qu'il faut rattacher la décision de Septime Sévère sur la cessation du cours des intérêts, signalée dans la L. 11, D. h. t. (2).

Paulus (3) libro 32 ad Edictum : *Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est à divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas.*

« Lorsque l'un (des associés) doit à l'autre de l'argent sans intérêts, et que ce dernier doit au premier de l'argent portant intérêt, l'empereur Sévère a décidé que les intérêts de la somne pour laquelle les deux créances s'égalent ne doivent pas être payés. »

Pour déterminer le sens exact de ce texte, il faut rechercher à propos de quelle matière le jurisconsulte a pu rapporter le rescrit ou le décret de Septime Sévère dont il est ici question.

Pour cela, il importe de remarquer que le texte n'est

(1) *Sed si cum filiofamilias agatur, an quæ patri debeantur filius compensare possit, quæritur ? Et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum conditione ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit.* Lenel, Paling., Paul 499, note 2, signale le « *id est... compensaverit* » comme un tribonianisme ou un glossème. Il se pourrait que le tribonianisme commençât aux mots : *sed cum conditione.*

(2) Pour l'explication de la L. 4 C. h. t., voyez plus bas, chap. VII, § 7. Voyez aussi sur le principe de cette cessation du cours des intérêts, plus bas, chapitre VII, §§ 9 et 10, et sur les procédés employés pour arriver à ce résultat dans les actions de droit strict, chapitre V, § 9, *circa finem*, la note détaillée.

(3) Les Florentines portent *idem* (c'est-à-dire *Ulpianus*, puisque le fragment précédent est d'Ulpien), mais nous allons voir que c'est une erreur.

pas d'Ulpien, comme les compilateurs l'ont mis par erreur, mais de Paul.

Et d'abord, il est certain que notre L. 11 — qu'elle soit d'Ulpien ou de Paul — a éte dérangée de sa place, car le livre 32 *ad Edictum*, que ce soit du commentaire de Paul ou de celui d'Ulpien, appartenait à la série Sabinienne. Il aurait donc dû se trouver avant la L. 10, qui est la première de la série Edictale, et non pas après cette loi 10. Lorsqu'un texte a pour rubrique le mot *Idem*, rappelant l'auteur du fragment précédent, et qu'on le déplace pour le mettre après un fragment *d'un autre jurisconsulte*, il en résulte nécessairement une fausse attribution, si l'on oublie de modifier la rubrique. C'est précisément ce qui s'est produit ici. Notre fragment 11 est de Paul, il se trouvait originairement le dernier de la série Sabinienne, après la L. 9 empruntée au même livre de Paul (lib. 32 ad Ed.). Il portait ainsi pour rubrique : *Idem libro 32 ad Edictum*. Mais, en revisant le titre *De compensationibus*, les compilateurs jugèrent bon de transporter ce texte à côté de la L. 12, qui, comne notre fragment 11, tranchait une question d'intérêts; seulement ils lui laissèrent par mégarde sa rubrique : *Idem*... etc., ce qui alors désigne Ulpien et non plus Paul.

L'erreur se démontre aisément. D'abord il est absolument anormal, et presque sans exemple au Digeste, de trouver un fragment tiré d'un livre antérieur après un fragment tiré d'un livre postérieur du même ouvrage. Or, la L. 10 étant du livre 63 d'Ulpien sur l'Edit, il est invraisemblable que la L. 11 tirée du livre 32, soit aussi d'Ulpien.

D'un autre côté, il est à peu près impossible qu'Ulpien ait parlé, dans son livre 32 *ad Ed.*, d'un cas où deux personnes se doivent réciproquement *de l'argent*, car dans ce livre, il traite de la vente, du louage et du contrat esti-

matoire. Or, dans ces trois contrats, on ne voit pas comment les deux parties pourraient se devoir *de l'argent*.

On comprend au contraire fort bien une dette réciproque portant sur de l'argent dans le contrat de mandat, ou dans celui de société dont Paul parle au livre 32. En outre, dans ces deux contrats, et particulièrement dans celui de société, il peut se faire que l'une des dettes porte intérêt et que l'autre n'en porte pas (1).

Ainsi, il est fort probable que Paul, véritable auteur de la L. 11, y parlait de société, et l'on comprend dès lors fort aisément la solution :

Par exemple, l'un des associés a employé à ses affaires personnelles l'argent qu'il a reçu d'un débiteur de la société. Il en doit les intérêts. L'autre associé, qui a reçu aussi paiement d'un autre débiteur, a laissé l'argent dormir dans sa caisse. Il y a compensation à partir de la coexistence des deux dettes. Cela est juste. Cette solution nous rappelle celle que donnait Ulpien dans le cas du tuteur ayant employé les deniers pupillaires à son usage, puis faisant de sa bourse quelqu'impense pour son pupille ; à partir de ce moment il cesse de devoir, jusqu'à due concurrence, les intérêts des sommes qu'il a employées à son propre usage (2).

(1) Cela se produit pour le mandat dans les cas indiqués par Pothier *Pandectæ, Mandati*, 17, 1, nos 38 et 73 ; Ulp. L. 10 § 3, § 8, L. 12 § 9 et § 10, D. *Mandati*, 17, 1 ; Scævola, L. 13 § 1, D. *De usuris*, 22, 1. — Pour la société, cela se produit dans les cas indiqués par Pomponius, L. 60, D. *Pro socio*, 17, 2 et par Papinien, L. 1, § 1, D. *De usuris*, 22, 1. Paul, dans un texte tiré, comme notre L. 11, de son livre 32 *ad Ed.*, prévoit aussi des cas où les intérêts sont dus de plein droit dans le contrat de société : L. 67 §§ 1, 2, D. *Pro socio*, 17, 2. Enfin il peut se faire que les associés se doivent réciproquement des sommes d'argent à des taux différents. Supposons, par exemple, qu'un des associés emprunte de l'argent à un certain taux pour une dépense urgente de la société. Les autres associés doivent lui rembourser les intérêts à ce taux. Si ce même associé emploie ensuite l'argent social à son usage personnel, il en pourra devoir les intérêts à un tout autre taux.

(2) L. 3 § 3 D. *De cont. tutelæ*, 27, 4.

Paul lui-même dans un fragment extrait du même livre que notre L. 11, la L. 67, § 1, D. 17,2, suppose deux associés dont l'un a prêté, en son propre nom et dans son intérêt personnel, l'argent social à un tiers. Il ne doit pas à la société les intérêts qu'il a reçus du débiteur (1), parce qu'en faisant l'opération pour son propre compte, il devient responsable du capital. Au contraire, l'autre associé prête l'argent social pour le compte de la société ; il doit verser à la caisse sociale les intérêts reçus. Eh bien, n'est-il pas tout à fait juste de faire ici une compensation entre les capitaux que les deux associés ont prêtés chacun de son côté (2) ?

On remarquera qu'il est souvent question de société dans les textes de notre titre au Digeste (3). C'est que les questions de compensation s'élèvent presque nécessairement à l'occasion de ce contrat : chacun des associés, traitant avec les tiers, devient personnellement débiteur ou créancier, sauf son recours contre les autres associés, ou à l'inverse. De là l'existence presque nécessaire de créances réciproques formant matière à compensation, compensation qui s'impose ici au juge avec une force toute particulière, comme nous l'avons remarqué au § 14, en vertu de la clause de compensation conventionnelle quel renferme naturellement le contrat de société.

En outre, il faut remarquer que la faillite d'un seul associé dissout la société : dès lors il reste à régler les rapports du *bonorum emptor* de l'associé failli avec les autres associés (4).

(1) Peut-être devrait-il à la société les intérêts qu'elle aurait pu retirer de cet argent. C'est une autre question.

(2) L. 67 § 1 D. *Pro socio*, 17, 2.

(3) LL. 9, 10 et 11, D. *h. t.*

(4) Pour l'explication de la L. 12, D. h. t., voyez plus bas, chapitre III, numéro 46.

16. — Voilà pour la compensation *ex eadem causa*, la seule que connût Gaius dans les actions de bonne foi.

Sous Justinien, la compensation est certainement admise *ex dispari causa* depuis la L. 14 C., et si le § 39 Inst. IV, 6, nous parle encore de l'*eadam causa*, c'est qu'il copie maladroitement Gaius, ainsi que nous l'avons vu. Mais, dès avant la L. 14 C., l'exigence de l'*eadem causa* avait déjà disparu, car Justinien, dans la L. 11 C. *Depositi*, 4, 34, qui est de deux ans antérieure à la L. 14, défend d'opposer en compensation à une action de dépôt, toutes autres actions tant personnelles que réelles, et notamment celle née d'un autre dépôt dans lequel le rôle des parties serait renversé. Voilà certes une créance née *ex dispari causa ;* donc la nécessité de l'*eadem causa* avait certainement disparu.

Mais à quoi est due cette disparition ?

On a dit : Au rescrit de Marc-Aurèle.

En effet, a-t-on dit, en vertu de ce rescrit, on peut, au moyen de l'exception de dol, opposer la compensation *ex dispari causa* à une action de droit strict (1). Or, l'exception de dol est sous-entendue dans la formule de l'action de bonne foi (2). Donc, grâce à cette exception sous-entendue, on pourra désormais, dans une action de bonne foi, opposer la compensation même *ex dispari causa*.

Mais cette argumentation n'est pas concluante, parce que, même depuis le rescrit, et en supposant qu'il ait la portée qu'on lui donne, on ne saurait assimiler, au point de vue qui nous occupe, les actions de bonne foi à celles de droit strict.

(1) Inst. IV, 6, § 30 : *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* Nous faisons les plus expresses réserves sur le sens et la portée de ce fameux rescrit. Nous nous plaçons en ce moment au point de vue de l'opinion généralement admise, sans aucunement y adhérer. Voyez chapitre v.

(2) L. 84, § 5, D. *De legatis 1°*, 30.

Dans l'action de droit strict, le défendeur qui veut opposer la compensation, est obligé *in jure*, devant le magistrat, d'indiquer sa créance reconventionnelle, pour motiver l'exception de dol qu'il invoque. De là deux conséquences :

Premièrement, le magistrat, prévenu, sera ainsi mis en mesure de donner au juge — soit par l'insertion de l'exception de dol, suivant une opinon assez généralement répandue, soit par une autre modification de la formule — le pouvoir d'examiner la créance invoquée par le défendeur, et d'en tenir compte si elle est reconnue vraie.

Secondement, le défendeur est ainsi forcé, s'il veut opposer la compensation, de le faire *in limine litis*, et le demandeur se trouve garanti contre le danger de voir son adversaire venir tardivement, au moment où l'affaire va recevoir une solution en sa faveur, élever des demandes en compensation qui retarderont l'issue du procès.

Dans l'action de bonne foi, au contraire, l'exception de dol étant sous-entendue, le défendeur pourrait, au dernier moment, opposer une compensation qui rouvrirait et éterniserait les débats. D'un autre côté, il pourrait soumettre au juge des créances reconventionnelles dont il n'aurait pas été question *in jure*, devant le magistrat, alors que, par conséquent, ce magistrat n'a pas pu vouloir investir le juge du pouvoir de les examiner (1). Le juge, ne l'oublions pas, n'est qu'un expert strictement renfermé dans la mission que délimite la *demonstratio* de la formule : « *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, qua de re agitur.* » Voilà la sphère de sa compétence ; comment pourrait-il connaître de toutes les affaires engagées entre les parties et susceptibles d'engendrer des créances au profit du défendeur ?

(1) C'est ce qu'avait très bien vu M. Pilette, *Revue de législation*, 1861, p. 22 et 23. Eisele, p. 16.

La formule deviendrait mensongère.

Aussi cette extension illimitée de la compétence du juge est-elle inadmissible, sous l'empire de la procédure formulaire.

C'est à la disparition de cette procédure et à son remplacement par la procédure extraordinaire, dans laquelle le magistrat juge lui-même toute l'affaire, qu'il faut attribuer l'admission de la compensation *ex dispari causa* dans les actions de bonne foi.

Pendant toute la durée de l'instance, on se trouve alors devant un magistrat qui n'est plus enfermé dans les termes d'une formule, mais qui possède un pouvoir personnel de juridiction.

Il est donc loisible au défendeur, au moins dans les limites de la compétence de ce magistrat, d'invoquer en compensation des créances nées d'une cause quelconque.

Mais alors la compensation rentre dans la classe des demandes reconventionnelles ; elle forme une *mutua petitio* qui aboutit, en effet, à une compensation, suivant les règles que nous expliquerons aux chapitres IV et V.

CHAPITRE III

LA COMPENSATION DANS LES ACTIONS DE DROIT STRICT

Section I. — La formule « cum compensatione » de l'argentarius.

1. C'est une *condictio certæ pecuniæ* ou *triticaria*, qui mentionne les deux créances sans en indiquer le montant; ce qu'elle précise, c'est leur différence, qui forme ainsi la *quantitas certa* réclamée. — **2.** En conséquence le banquier court le risque de la plus-pétition. — **3.** Mais il faut qu'il s'agisse de quantités de même espèce et de même qualité. Quelques jurisconsultes n'exigeaient pas la même qualité. Selon nous, ils tenaient évidemment compte alors de la différence des cours, fixés par les mercuriales : comparez C. civil, act. 1291. — **4.** Il s'agit ici de créances relatives au commerce du banquier. Mais comment construire l'hypothèse de créances réciproques entre le banquier et son client? Explication de Dernburg. — **5.** Explication d'Eisele basée sur le contrat *litteris*. — **6.** Autre explication indépendante du contrat *litteris :* en vertu de la convention des parties, les versements seront considérés comme prêts et non comme remboursements; motifs. — **7.** La nécessité pour le banquier de ne réclamer que le solde sanctionne, en droit romain, l'indivisibilité du compte courant qui est censé exister de plein droit entre lui et son client. — **8.** D'ailleurs, les créances faisant partie du même compte ont une certaine connexité externe, qui écarte ici les inconvénients de la compensation. — **9.** Le Préteur contraignait l'*argentarius* à prendre la formule *cum compensatione* en lui refusant l'*actio pura*. — **10.** Le client de l'*argentarius* n'était pas forcé d'agir *cum compensatione;* réfutation de la doctrine contraire d'Eisele. — **11.** Mais le banquier en offrant d'opérer la compensation pouvait, selon nous, repousser l'action par le moyen de l'exception *pensatæ pecuniæ*, L. 2, D. h. t.; L. 191 § 4 D. *De probat.*, 22,3. — L'exception *pensatæ pecuniæ* recevait aussi application dans le cas où le client, condamné sur l'action *cum compensatione* au paiement de la différence, s'avisait de demander au banquier le paiement de sa créance contre ce banquier. — **12** Réfutation de l'explication donnée par Eisele de la L. 2, D. h. t. — **13.** Question de la consommation des créances entre lesquelles il y a eu compensation. Les créances admises

en compensation dans une action de bonne foi ne sont pas consommées comme déduites *in judicium*, mais la bonne foi s'oppose à ce que le défendeur les réclame ensuite par voie d'action. Dans le cas de l'argentarius, le solde par lui réclamé est seul consommé ; pour le surplus les deux créances égales et opposées subsistent, mais se neutralisent pratiquement grâce à l'exception *pensatæ pecuniæ*. — 14. Confirmation de ces idées par la L. 21 D. h. t., qui se référait originairement à l'argentarius. Rappel des principes sur la *cautio de rato*. Si la créance de l'argentarius était consommée tout entière, il faudrait, quand il agit contre un *procurator*, que ce *procurator* donnât la *cautio de rato*. — 15. Dans une action de bonne foi, au contraire, le *procurator*, pour opposer la compensation *ex eadem causa*, devrait fournir la *cautio de rato*, parce que dans ce cas la créance du demandeur, étant tout entière déduite en justice, est tout entière consommée, bien que par l'effet de la compensation il n'obtienne qu'une condamnation partielle. On doit craindre alors que le titulaire de la créance reconventionnelle, désavouant le *procurator*, ne vienne ensuite réclamer : argument L. 9 § 1 D. h. t. — 16. Paul donne de cette différence un autre motif : le procurator poursuivi par l'argentarius n'a pas besoin d'opposer la compensation, et par conséquent n'a pas à promettre la ratification de ses actes, puisqu'il n'a rien à faire ; c'est l'argentarius demandeur qui est forcé de prendre l'initiative de la compensation : *procurator nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*, L. 21. — 17. Autres traces que l'action *cum compensatione* de l'argentarius a laissées dans les sources. Place de l'action *cum compensatione* dans l'édit. L. 7 D. h. t., L. 43, D. *De regulis juris* 50, 17 ; L. 8, D. h. t. — 18. Suite : L. 5 D. h. t. Modifications que pouvait subir la formule lorsque l'argentarius poursuivait un fidejusseur de son client. Le fidejusseur pouvait exiger qu'il tînt compte, soit de sa créance à lui fidejusseur, soit de celle du client, soit des deux réunies. — 19. Explication de la L. 4, D. h. t. Il s'agit encore ici du fidejusseur qui a cautionné un client de l'argentarius. — 20. Explication de la L. 15 D. h. t., qui se référait aussi à l'action *cum compensatione* du banquier. — 21. De même pour la L. 18 § 1 D. h. t. Le défendeur ne peut opposer en compensation la créance d'autrui, même du consentement du titulaire de cette créance. — 22. Exception pour le cessionnaire de la créance, du moins après que, en qualité de *cognitor in rem suam*, il a actionné le demandeur actuel et fait *litis contestatio* avec lui, L. 18 pr. D. h. t. Même solution pour le *procurator*, même non cessionnaire. — 23. Principes applicables lorsque l'une des parties est représentée par un *procurator*. On ne saurait opposer au tuteur, agissant en cette qualité, une créance qu'il doit personnellement, L. 23, D. h. t. — 24. La L. 22 D. h. t. se référait aussi à la *compensatio* de l'argentarius.

1. — Comment faire pour opérer la compensation dans une action de droit strict? Cela semble impossible ; le juge n'a pour mission que de vérifier la créance du demandeur et de lui accorder la somme demandée, s'il a réclamé une quantité égale ou inférieure à sa créance ; s'il a réclamé plus, de le débouter entièrement (1).

(1) Nous supposons que l'action intentée a une *intentio certa*. Dans

Mais le débouter partiellement, que ce soit en vertu d'une créance compensable ou pour toute autre cause, c'est absolument impossible sans modifier la formule (1).

Aussi est-ce par une modification de la formule que procéda le Préteur, lorsque, pour des motifs que nous exposerons plus loin, il organisa la compensation à l'encontre des *argentarii*, en créant la formule *cum compensatione*, et en obligeant les banquiers à s'en servir.

Cette formule n'est, en somme, que celle de la *condictio certæ pecuniæ* (2) ou de la *condictio triticaria*, avec une modification destinée à assurer la compensation.

Son caractère essentiel, c'est de mentionner les deux créances opposées sans en préciser le montant, et de faire porter la prétention du demandeur, son *intentio*, uniquement sur leur différence. Cette différence est aussi l'unique objet de la *condemnatio*.

Après avoir expliqué au papagraphe 63 de son Commentaire IV, que le juge de l'action de bonne foi peut opérer la compensation, bien qu'aucune partie de la formule ne lui en donne spécialement la mission, Gaius remarque qu'il en est autrement dans l'action imposée à l'*argentarius;* c'est en vertu de la formule que la compensation a lieu dans ce cas :

Gaius IV, § 64.

Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur : nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio formulæ verbis exprimitur, adeo quidem ut ab initio, compensatione facta, minus intendat sibi dare oppor-

une *condictio incerti*, l'intentio étant *incerta*, le demandeur ne peut encourir la *plus petitio ;* mais on ne voit pas comment le juge pourrait tenir compte d'une créance reconventionnelle.

(1) Voyez là-dessus le chapitre VI, section II.

(2) Appelée de son nom technique : *actio certæ creditæ pecuniæ*. Voyez Lenel, *Das Edictum*, p. 186 note 1 ; Pernice, *Labeo*, t. III, p. 212, note 2 ; Girard, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1895, p. 411, note 1.

tere : ecce enim si sestertium X millia debeat Titio atque ei XX debeantur, sic intendit : « si paret Titium sibi X millia dare oportere AMPLIUS QUAM *ipse Titio debet.* »

« Tout autre est l'action dont se sert l'argentarius, car on le force à agir *cum compensatione*, et cette compensation est expressément indiquée par la formule, de telle façon que, dès le début du procès, il demande moins qu'il ne lui est dû, ayant opéré lui-même la compensation. Si, par exemple, il devait dix mille sesterces à Titius, et que Titius lui en dût vingt mille, l'*intentio* de l'argentarius sera ainsi conçue : S'il appert que Titius me doive 10.000 *de plus* que je ne lui dois moi-même. »

2. — L'on voit que les caractères de la *condictio certi* en particulier, et celui de l'action *stricti juris* en général, sont parfaitement conservés. L'*intentio* porte sur un *certum*, le solde, dont le chiffre est exprimé, et le danger de la plus-pétition existe, car, si l'argentariùs se trompe de la moindre fraction dans l'établissement de ce solde, il perd radicalement son procès.

C'est ce que dit Gaius, IV, § 68 :

Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur, quo fit ut si, facta compensatione, plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat.

« En outre, le calcul de la compensation se fait dans l'*intentio.* De là résulte que, si l'argentarius réclame un écu de plus qu'il ne lui est dû après compensation faite, il est débouté et par suite perd sa créance ».

3. — Mais, puisqu'on exige de l'argentarius une soustraction, il faut qu'elle soit possible, et par conséquent que les deux créances aient pour objet des quantités, non seulement de la même espèce, mais encore de la même qualité.

C'est ce qu'expose Gaius au § 66 :

Inter compensationem autem, quæ argentario opponi-

tur, et deductionem quæ objicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur quod ejusdem generis et naturæ est : veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino ; adeo ut quibusdam placeat non omnimodo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si ejusdem naturæ qualitatisque sit.

« Entre la *compensatio* qu'on oppose à l'*argentarius* et la *deductio* qu'on fait subir au *bonorum emptor*, il y a cette différence, que dans la *compensatio* on tient compte seulement des créances ayant pour objet des choses de même espèce que la créance principale : ainsi de l'argent se compense avec de l'argent, du blé avec du blé, du vin avec du vin (1) ; tellement que quelques-uns n'admettent pas dans tous les cas la *compensatio* du blé avec d'autre blé, du vin avec d'autre vin, mais seulement dans le cas où ces denrées sont de la même qualité ».

Il est évident que ces jurisconsultes, désignés par l'expression *quidam*, et qui ont l'air de n'être pas la majorité, étaient pourtant dans le vrai. Comment peut-on admettre que du vin de qualité inférieure puisse faire compensation à du vin d'un cru supérieur ?

Comment même concevoir que cela ait pu être discuté ?

Dernburg (p. 31) argumente de cette controverse pour prouver la haute antiquité de la compensation.

En effet, pour la comprendre, il faut, dit-il, se reporter à une haute antiquité, à une époque où, le luxe étant inconnu, on ne faisait guère de différence entre divers vins.

(1) Les argentarii, outre la banque, faisaient aussi le commerce des denrées en gros, comme le prouve la L. 6 pr. D. *De edendo*, 2,13. Ulp. lib. IV ad Edictum : *Si quis ex argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum, vel in horreo*, etc. Le mot *horreum* ne peut s'entendre que d'un magasin pour des produits agricoles ; voyez Eisele, § 3, note 39.

Pline l'Ancien *(Hist. nat.*, lib. XIV, cap. 14 et s.) nous dit qu'anciennement à Rome, après la guerre samnite (car auparavant le vin était un objet de luxe d'une grande rareté), on ne faisait point dans le commerce de distinction entre les différents crus, ce qui d'ailleurs ne peu surprendre, vu l'usage de mélanger le vin avec du miel ou avec des épices.

Ce ne fut qu'avec le progrès du luxe qu'on arriva à distinguer les différentes espèces, et alors certains jurisconsultes pensèrent avec raison qu'on ne pouvait compenser une espèce avec une autre d'une valeur différente.

Telle est l'explication de Dernburg.

Mais elle omet un point essentiel. Gaius nous présente cette controverse comme existant de son temps. Or, il n'est pas probable que les jurisconsultes aient mis quatre cents ans à reconnaître une vérité si évidente. Depuis près de trois siècles, le luxe le plus effréné régnait à Rome.

Dans une autre opinion (1) on admet que la *compensatio* de l'argentarius, d'abord restreinte aux créances de sommes d'argent, fut plus tard étendue aux denrées, que cette extension était récente au temps de Gaius, et que, le cas se présentant très rarement, les jurisconsultes n'avaient pas encore eu le temps de se mettre d'accord sur la question dont il s'agit.

Mais est-il vraisemblable que des jurisconsultes, et peut-être la majorité d'entre eux, aient émis l'idée absurde que le vin d'un grand cru pouvait se compenser avec une égale quantité d'un rouge-bord quelconque ! Voici une explication plus plausible et bien simple :

Il faut entendre cela dans un sens raisonnable : la compensation s'opère malgré la différence de qualité, mais bien entendu en tenant compte de la valeur de chaque

(1) Eisele, p. 20.

qualité, valeur assez facile à connaître, car elle est fixée par les mercuriales des marchés (1). Ainsi Primus doit à Secundus du blé d'Afrique de première qualité, et Secundus du blé d'Égypte de seconde qualité. Il est facile, en consultant les registres de l'Annone, de constater la valeur relative de ces deux qualités; la compensation aura lieu, en en tenant compte. Le banquier ne peut pas plus se tromper ici que lorsqu'il s'agit d'argent, puisqu'il doit connaître parfaitement les cours du marché.

Notre Code civil va encore plus loin; il admet (art. 1291) que les prestations en grains ou denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. Il admet donc la compensation, non pas seulement entre des denrées similaires de qualités différentes, mais même entre deux choses fongibles de nature différente.

Quelques jurisconsultes romains, plus rigoureux que la majorité, n'admettaient la compensation que si les denrées semblables avaient la même qualité.

4. — L'on admet généralement, et avec raison, que l'obligation d'agir *cum compensatione* concernait seule-

(1) Il n'est pas seulement vraisemblable, mais incontestable qu'il devait y avoir, à Rome notamment, des mercuriales très bien faites, et le mot *Annone*, si célèbre dans l'histoire romaine, dans l'une de ses acceptions signifie précisément le cours des denrées sur le marché. En outre, en ce qui touche le vin, nous lisons dans un ouvrage récent que le *vinum fiscale*, impôt en nature levé dans les régions de la banlieue de Rome, était vendu par les *vinarii* un quart au-dessous du cours du marché. D'ailleurs toute l'organisation de l'Annone, notamtamment les ventes de denrées au-dessous du cours pour le faire baisser, suppose des mercuriales établies avec le plus grand soin. Le Préfet de la ville avait même le droit de tarifer le prix de la viande sur le marché. Sur tous ces points voyez Derembourg et Saglio, *Dict. des Ant.* V° *Annone*, 4° ; Babled, thèse de Doctorat : *La cura annonæ chez les Romains, les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises au double point de vue économique et pénal*, Paris, Rousseau, 1892, p. 133 ; L. 2, Code théodosien, XI, 2; Willems, Droit public des Romains, p. 582, cité par Babled ; L. 1 § 11, D. *De officio præfecti urbi*, 1,12.

ment les créances relatives au commerce de l'*argentarius;* quant à celles nées d'une autre cause, d'un legs par exemple, on ne voit pas du tout pourquoi le légataire, parce qu'il exerce la profession de banquier, devrait réclamer la somme qui lui a été léguée d'une autre façon qu'un citoyen ordinaire. En d'autres termes, l'action *cum compensatione* n'est obligatoire pour lui que lorsqu'il agit en sa qualité d'*argentarius*. D'ailleurs, il est fort probable que tout banquier, aussitôt après avoir passé un contrat de bonne foi, s'empressait de transformer sa créance par une *transcriptio a re in personam* (1) en une obligation née *litteris*, comme le fit le banquier Pythius après avoir vendu sa villa au trop confiant Canius (2).

Les deux créances que la formule met en regard sont donc celle du banquier contre un de ses clients et celle de ce client contre lui.

Mais quels faits faut-il supposer, comment faut-il bâtir l'hypothèse pour que le banquier et son client deviennent créanciers et débiteurs l'un de l'autre ?

Nous n'aboutissons à rien si nous supposons simplement que le client, ou une autre personne en son nom, a déposé de l'argent chez le banquier, et que le banquier, devenu débiteur par ces versements, verse à son tour de l'argent au déposant, ou à une personne par lui désignée, ce qui revient au même. En effet, par ce versement le banquier sera libéré jusqu'à due concurrence et voilà tout ! Jusqu'ici lui seul est débiteur ; ses versements sont des paiements, ils ne fondent à son profit aucun droit de créance et nous ne trouvons pas les créances réciproques que nous cherchons.

(1) Gaius, III, § 133.

(2) Cicéron, *De officiis*, III, 14. Après avoir raconté par quels artifices le banquier syracusain allécha Canius, persuadé qu'il achetait une merveille, Cicéron ajoute en parlant de ce dernier : *nomina facit, negotium conficit.*

Que si les versements faits par le banquier à son client ou pour son compte, viennent à dépasser la somme pour laquelle ce client était créancier du banquier, alors ces versements constituent des prêts faits par le banquier, car, qu'il remette l'argent à l'emprunteur ou à une personne désignée par celui-ci, cela revient au même, c'est une tradition *brevi manu*, voilà tout.

Le banquier, qui n'est plus alors débiteur d'un seul sesterce, devient créancier ; nous trouvons donc deux personnes *successivement* débitrices ou créancières, mais jamais, à aucun instant de raison, nous ne trouvons les deux personnes *simultanément créancières et débitrices l'une de l'autre*, ce qu'il faut pourtant supposer puisqu'il y a compensation.

Si donc on se bornait à supposer des comptes de banquier constatant d'une part les sommes reçues de son client ou pour son compte, d'autre part les sommes versées à ce client, ou pour son compte à d'autres personnes, il serait impossible d'imaginer pourquoi on a créé dans ce cas une formule spéciale. *Ipso jure* le banquier ne pourrait agir que pour ce qui lui est réellement encore dû et non pas pour ce dont il a été payé.

Alors à quoi servait l'action *cum compensatione ?*

Dernburg admet pourtant ce système. Selon lui, la mention au crédit du banquier : *expensum Titio centum* par exemple, ne rendait le client débiteur que lorsque le banquier ne lui devait plus rien. De même la mention au débit du banquier : *acceptum a Titio centum*, ne le rendait débiteur que lorsque son client ne lui devait plus rien.

Mais la même objection surgit toujours. Si le client ne commence à devenir débiteur du banquier que lorsqu'il n'est plus du tout son créancier, le banquier ne pourra jamais réclamer que la différence à son profit, et cela *ipso*

jure, sans qu'il soit besoin de lui imposer une formule spéciale.

Dernburg voit l'utilité de cette formule dans le cas où le banquier a omis de mettre à l'actif de son client des sommes versées par celui-ci.

L'action *cum compensatione* force alors le banquier à rectifier ses livres, sous peine de perdre complètement son procès. Dans le cas d'une omission de ce genre, les versements du client, omis sur les livres, auraient, selon Dernburg, constitué des créances au profit du client ; pour en faire opérer la soustraction, il fallait avoir recours au mécanisme de l'action *cum compensatione*.

Mais cette doctrine est inacceptable. Supposons en effet, pour un instant, avec Dernburg que tout versement serve d'abord comme paiement et ne crée d'obligation à la charge de l'*accipiens* que lorsqu'il n'est plus créancier de rien. L'omission par le banquier de mentionner sur ses livres le versement fait par le client ne saurait enlever à ce versement son efficacité libératoire, et lui donner à la place la puissance de créer une obligation. On comprendrait bien plus aisément le contraire, à savoir que le versement, une fois passé en compte courant, n'eût plus l'effet d'un paiement, mais constituât un article du crédit du remettant, c'est-à-dire créât à son profit une créance.

Donc, que le banquier ait inscrit ou non le versement, si ce versement valait d'abord comme paiement, suivant le système de Dernburg, il conserverait toujours cette valeur, et le banquier qui ne tiendrait pas compte de ce paiement réclamerait en réalité une créance partiellement éteinte. Il encourrait donc *plus petitio* sans qu'aucune modification de la formule fût nécessaire pour amener ce résultat.

Donc tel n'est pas le cas pour lequel a été inventée la formule *cum compensatione*. Il nous faut un compte tel

que chaque partie soit créancière de l'autre. On peut y arriver de deux façons entre lesquelles on peut choisir, à moins qu'on ne préfère les cumuler, car elles sont conciliables.

5. — La première est due à Eisele. Il faut, dit-il, mettre ici en jeu le contrat littéral, les *nomina transcripticia*. Gaius (1) nous explique en ces termes le mécanisme par lequel une obligation se forme *litteris*, par l'écriture :

§ *128. Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam.* — § *129. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.* — § *130. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.*

« L'obligation se forme par l'écriture, notamment dans les obligations transposées. Une obligation peut être transposée de deux façons, soit d'une *affaire* à une *personne*, soit d'une personne à une autre personne. La transposition s'opère d'une affaire à une personne dans le cas, par exemple, où je vous débite de ce que vous me devez en vertu d'une vente, d'un louage, ou d'une société. Il y a transposition d'une personne à une autre, lorsque, par exemple, je vous débite de ce que me doit Titius, c'est-à-dire lorsque Titius vous délègue à moi. »

Dans les relations des banquiers avec leurs clients, il est probable, dit Eisele, que lorsque l'une des parties versait de l'argent à l'autre, ou pour le compte de l'autre, ou enfin s'engageait à payer à l'autre, ou pour le compte

(1) Commentaire III, §§ 128-130.

de l'autre, l'opération se faisait dans la forme d'un *nomen transcripticium*, exemple :

Le client du banquier lui verse 1.000, à titre de *mutuum*. L'opération est immédiatement transformée en *nomen transcripticium (transcriptio a re in personam)*. Le client inscrit sur son livre : *expensum*....., le banquier : *acceptum*..... Dès lors, au lieu d'être débiteur *ex mutuo*, le banquier doit *litteris* (1).

Maintenant, si le banquier verse 1.100 à son client, par suite d'un commun accord, ce versement est considéré comme prêt, et ce prêt immédiatement transformé en un contrat litteris : le banquier écrit : *expensum*..... le client : *acceptum*..... De la sorte, nous nous trouvons en face de deux contrats litteris faits en sens inverses : l'un rend le client créancier de 1.000, l'autre rend le banquier créancier de 1.100. Ces deux créances ne peuvent s'annuler l'une l'autre ; un contrat litteris n'a pas pour effet d'annuler un autre contrat litteris : comme tout contrat il crée des obligations, il ne les éteint pas.

Voilà le cas proposé par Dernburg. Dans ce système nous aimerions mieux imaginer l'exemple suivant :

Primus doit 1.000 à Secundus. Pour s'acquitter, il délègue à Secundus son banquier. Le banquier alors fait un *nomen transcripticium a persona in personam* : il porte *expensum* à Primus et *acceptum* de Secundus, autrement dit, il débite Primus et crédite Secundus.

Voilà donc le banquier débiteur de 1.000 envers Secundus.

Puis Secundus à son tour devient débiteur d'une somme de 1.100 envers un client quelconque du banquier. Ce client, Tertius, le délègue au banquier qui alors porte

(1) On ne sait pas au juste en quelle forme se manifestait l'*expensum ferre* et l'*acceptum referre* dont parlent les textes. Nous suivons ici la conjecture généralement admise en France.

acceptum de Tertius et *expensum* à Secundus, en d'autres termes, il crédite Tertius et débite Secundus.

Voilà maintenant Secundus devenu débiteur de 1.100 envers le banquier.

Ce dernier, étant débiteur du même Secundus pour 1.000, devra agir *cum compensatione* et ne réclamer que l'*amplius*: 1.100 — 1.000 = 100.

6. — Voici maintenant une autre explication.

Il n'est pas indispensable de faire entrer en scène les *nomina transcripticia;* même en ne faisant intervenir que des *versements* du banquier à son client et à l'inverse, on peut comprendre l'existence de créances réciproques, mais à la condition de supposer entre les parties une convention particulière, tellement naturelle d'ailleurs qu'elle s'impose.

Le banquier, par exemple, a ouvert à son client un crédit de 10.000 sesterces et l'a réalisé. Le client de son côté a versé à différentes époques diverses sommes à la banque. Ces versements devront-ils nécessairement être considérés comme des remboursements? Non pas! Car le banquier n'est pas tenu de recevoir un paiement partiel. Il interviendra donc vraisemblablement entre eux une convention d'après laquelle ces versements faits par le client seront considérés, non comme des remboursements, mais comme des prêts faits au banquier, prêts ne produisant pas d'intérêts, ou en produisant à un taux moins élevé que l'argent avancé par le banquier. Et cela est fort juste, car le banquier, lui, est obligé de réaliser son ouverture de crédit à la première réquisition du client, même au moment où l'argent est rare, bien mieux, c'est à ce moment-là surtout qu'il est le plus exposé à voir le client réclamer l'avance promise. Le client lui, au contraire, avant l'échéance fixée pour le remboursement de cette avance, n'est aucunement forcé de faire des versements au banquier. S'il en opère, ce sera vraisemblablement à

un moment où l'argent abonde, où le banquier en regorge et ne sait qu'en faire. Dès lors, on comprend fort bien l'existence de créances réciproques, celles du banquier, résultant des réalisations de son ouverture de crédit, celles du client naissant de ses différents versements.

7. — Quelqu'explication que l'on adopte, reste à savoir pour quel motif on a imposé au banquier la nécessité de ne réclamer que le solde en sa faveur des créances réciproques, et d'opérer ainsi une compensation à laquelle d'autres ne sont pas forcés.

Ce motif, le voici : il ne serait pas conforme à l'intention des parties que ces diverses créances gardassent leur indépendance et qu'on pût réclamer le paiement de l'une d'elles en la détachant du compte.

On présumait ici une convention tacite, tout à fait analogue à celle d'où découlent les règles du compte courant moderne.

Dans notre droit, lorsque deux négociants sont en relation de compte courant, il existe entre eux une convention tacite que Boistel (1) définit en ces termes :

« C'est une convention par laquelle deux parties conviennent que, lorsqu'elles deviendront débitrices l'une de l'autre....., chaque créance perdra son individualité propre pour se fondre dans le solde, seul exigible aux époques fixées par les parties. »

De là l'on peut déduire les caractères essentiels du compte courant.

Parmi ces caractères, un seul concerne notre sujet : je veux parler de son indivisibilité. En vertu de cette indivisibilité, les diverses créances qui composent le compte perdent leur individualité propre, tellement qu'elles ne peuvent plus faire séparément l'objet de poursuites en

(1) *Précis de droit commercial*, p. 595.

justice (1), de saisies-arrêts, ni de paiements particuliers à l'une d'elles. Si l'une des parties remet à l'autre une somme, cet argent ne sera pas appliqué à payer l'une des créances du récepteur, selon les règles d'imputation du Code, mais ce versement constituera un article du compte créditeur du remettant et contre-balancera d'autant son débit.

C'est précisément ce qui se passait en droit romain : aucun article du compte créditeur du client n'était considéré comme devant servir à payer les créances du banquier.

Le droit romain oblige le banquier à agir *cum compensatione*, en d'autres termes, les banquiers sont de plein droit en compte courant avec leurs clients. On enlève par là à chacune des créances son existence indépendante, du moins à l'égard du banquier, on ne lui permet pas de la réclamer isolément, et l'on veut qu'il ne demande jamais que le solde. La formule de l'*argentarius* répond donc à Rome précisément aux mêmes idées, aux mêmes habitudes commerciales que le compte courant chez nous; l'obligation de ne réclamer ici que l'*amplius* sanctionne pour le banquier l'*indivisibilité du compte courant*. Il est probable que ces habitudes des banquiers romains se sont transmises aux banques du moyen âge, particulièrement en Italie où ce genre de trafic était si répandu, et de là chez nous, comme chez les autres peuples modernes.

8. — Il y a entre la compensation de l'*argentarius* et celle qui s'opère dans les actions de bonne foi une certaine analogie. Dans l'action de bonne foi, le motif qui justifie la compensation, c'est la connexité entre les deux créances. Elles naissent *ex eadem causa*. Ici, il y a pareillement entre

(1) Voyez Dalloz, *Supplément au Répertoire*, V° *Compte courant*, n° 41. C'est précisément le résultat obtenu en droit romain par la formule *cum compensatione*.

les créances réciproques une certaine connexité ; mais elle est artificielle celle-là, et résulte seulement de ce que ces créances font partie d'un même compte de banque.

Une autre considération milite encore en faveur de l'admission de la compensation dans ce cas. Si en général la compensation n'est pas admise dans l'ancien droit romain, c'est qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental de l'ancienne procédure romaine, l'unité de la question posée au juge. Pour éviter les complications, sources de confusion, le juge ne doit avoir à statuer que sur une seule question ; si l'on oppose la compensation, il faut qu'il en examine deux, la prétention du demandeur, puis celle du défendeur. Cela compliquerait sa tâche.

De là résulte qu'exceptionnellement la compensation devra être admise lorsque cela ne complique guère la tâche du juge. Dans les actions de bonne foi, la prétention du défendeur naissant du même acte, de la même vente par exemple, le juge qui a dû déjà examiner ce contrat, pour en déduire les conséquences au point de vue du demandeur, ne verra pas sa tâche bien alourdie s'il lui faut aussi examiner les conséquences du contrat au profit du défendeur.

De même dans le cas de l'*argentarius*. Le juge chargé d'examiner les créances résultant pour le banquier du crédit de son compte, et par conséquent forcé de vérifier ce compte, ne verra pas sa besogne notablement compliquée si on l'oblige à jeter aussi un coup d'œil sur la page contenant le débit du même compte.

9. — Par quel moyen contraignait-on l'*argentarius* à user de cette formule ? Le Préteur devait tout simplement lui refuser celle de l'*actio pura*, autrement dit la formule ordinaire.

La question de savoir si le demandeur est *argentarius* et si la créance qu'il réclame se réfère à son négoce peut

facilement être résolue *in jure*. Par conséquent, il ne saurait être question ici, en cas de contestation entre les parties, de donner l'action *pura* à l'*argentarius*, en y insérant au profit du client une exception tirée de ce fait que le demandeur, à raison de sa qualité et de la nature de sa créance, aurait dû employer l'action *cum compensatione*. D'ailleurs, le Préteur n'exigera pas du défendeur qu'il justifie *in jure* de sa créance ; si le demandeur en conteste l'existence, rien ne l'empêche de réclamer comme *amplius* le montant intégral de sa propre créance, car si la créance du défendeur n'existe pas, la différence entre celle du demandeur et cette créance égale à zéro est précisément le montant de la créance du demandeur.

10. — Le client de l'argentarius agissant contre le banquier devait-il user de la formule *cum compensatione?* Ici nous exposerons deux opinions :

1° Système d'Eisele. — Selon lui, l'affirmative est évidente. En effet, on ne comprendrait même pas qu'il en fût autrement. Quoi ! le client pourrait réclamer l'intégralité de sa créance, et le banquier, pour s'être laissé devancer, lui qui peut-être a une créance plus forte, serait obligé de payer d'abord la somme plus faible, puis de réclamer la totalité de sa créance à une personne devenue peut-être insolvable, en sorte que l'issue pratique du compte courant serait le prix de la course. D'ailleurs, le client n'a aucune difficulté à établir son compte, puisqu'il peut exiger la production du livre de l'argentarius. Dig. *De edendo*, II, 13.

A la vérité, Gaius, IV, § 64 à 69, suppose toujours que c'est l'argentarius qui agit. Mais, ajoute Eisele, Gaius ne dit pas non plus que l'application de cette action se restreigne au cas où c'est l'*argentarius* qui agit ; et il n'a pas eu l'intention de nous donner un traité complet de la matière.

Enfin, généralement c'est le banquier qui est créancier,

et qui poursuit ; c'est son métier de faire des avances. Voilà pourquoi Gaius, pensant au *plerumque fit*, ne nous parle que du cas où le banquier est demandeur. Telle est l'explication d'Eisele.

Deuxième système. — Il ne me semble pas que ces raisons expliquent suffisamment le silence de Gaius. Obliger les particuliers à agir *cum compensatione*, et leur faire subir *plus petitio*, pour la moindre erreur, eux qui ne peuvent pas tenir leurs livres avec autant d'exactitude que les banquiers, c'eût été bien rigoureux. N'oublions pas qu'il y aura presque toujours des calculs d'intérêt à opérer.

On dit : ils peuvent se faire montrer leur compte par le banquier !

Mais si précisément ce compte est inexact, incomplet, au dire du particulier, il faudra bien que ce particulier base sa réclamation sur ses propres calculs, et alors surgira le péril de la moindre erreur.

Tout ce qu'exige l'équité, c'est que l'*argentarius* puisse, en offrant de faire la compensation exactement et de payer le solde créditeur en faveur de son client, faire débouter celui-ci, s'il persiste à vouloir réclamer sa créance isolément du reste du compte.

Nous verrons tout à l'heure que l'équité reçoit en effet cette satisfaction. Mais avant d'indiquer de quelle façon, il convient de signaler l'argument que l'on peut tirer, en faveur de la thèse que nous soutenons, de la L. 8 h. t. déjà citée (p. 77) : Gaius, libro 9 *ad Edictum provinciale :*

In compensationem etiam id deducitur quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

« On doit faire entrer en compensation même la créance que le défendeur a déjà réclamée en justice au demandeur. Il ne faut pas en effet que notre diligence empire notre situation, etc. »

Ce texte, extrait du livre 9 de Gaius *ad Edictum provinciale* et ne contenant aucune allusion à l'*eadem causa*, ne saurait se rapporter à la compensation dans les actions de bonne foi. Il ne s'appliquait sûrement pas à la *deductio* du *bonorum emptor*, et l'on ne saurait supposer que les compilateurs ont mis : *in compensationem* à la place de : *in deductionem*, car Gaius n'a pu écrire : *in* DEDUCTIONEM *etiam id* DEDUCITUR...

Une seule hypothèse reste donc possible, puisqu'au temps où Gaius écrivait ses commentaires sur l'Édit (1) il n'y avait que trois cas de compensation : il s'agissait de l'argentarius qui devait tenir compte même des créances dont son client lui avait déjà, en justice, réclamé le remboursement.

Nous verrons d'ailleurs plus loin (2) que c'est dans le livre 9 que Gaius, conformément à l'ordre suivi par l'Édit, traitait de la formule *cum compensatione*.

Contre la solution de la L. 8, on aurait pu objecter que la créance du client ayant été déduite *in judicium* a été consommée, éteinte par la novation judiciaire et remplacée par le droit d'obtenir condamnation (3).

Mais cette argumentation bien subtile n'aurait pas même eu le mérite de s'appuyer sur les termes de la formule employée par l'argentarius. En effet, si la formule avait porté : « si paret N^m^ N^m^ argentario X millia dare oportere amplius quam ipse argentarius N° N° *dare oportet* » on pourrait objecter qu'après la litis contestatio faite par le client réclamant sa créance à l'argentarius, on ne peut

(1) Ils sont probablement antérieurs aux commentaires. Gaius I, § 188, Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 186. Suivant Fitting, *Ueber das Alter*, p. 20, les premiers livres de ce traité auraient été écrits sous Antonin le Pieux, les derniers sous Marc-Aurèle et Lucius Vérus.

(2) Chap. III, numéro 17.

(3) Gaius III, 180. *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere.*

plus dire de l'argentarius : *dare oportet*. Mais la formule porte : « amplius quam... *debet* » et non pas : « *dare oportet* » (1). Même après que le client de l'argentarius a déduit en justice sa créance, on peut dire du banquier : *debet*, quoiqu'on ne puisse plus, à strictement parler, dire : *dare oportet*.

On aurait pu aussi objecter avec une apparence de justice, que le client ayant réclamé l'intégralité de sa créance sans tenir compte de sa dette, il était naturel que l'argentarius fît de même. Mais on ne peut faire grief au client de n'avoir pas opéré lui-même des calculs dans lesquels il eût pu se tromper et s'exposer ainsi à la *plus petitio ;* on maintiendra donc, même en ce cas, l'obligation pour l'argentarius d'agir *cum compensatione*.

Le texte suppose, on le voit, que le client a réclamé à l'argentarius sa créance, sans opérer aucune compensation. Cela pouvait donc se faire.

Et même, dans l'hypothèse de la L. 8, D. h. t., que nous commentons, le client était créancier de la somme la plus faible, puisque le banquier, l'actionnant à son tour *cum compensatione*, reste encore créancier d'un solde, bien qu'il soit obligé de retrancher de sa créance la dette pour laquelle son client l'a actionné.

On voit que le client agissant contre le banquier, n'employait pas la formule *cum compensatione*, il n'y était pas tenu.

Mais alors l'argentarius était forcé de payer sa dette, quitte à recouvrer sa créance? Cela ne serait pas juste.

11. — N'y a-t-il pas un texte, modifié par les compilateurs, et qui, dans sa teneur primitive, réglait précisément cette situation ?

(1) Lenel, Z. S. S. 1883, p. 112 et s.

La L. 2, D. h. t., est ainsi conçue :

Julianus libro XC Digestorum :

Unusquisque creditorem suum, eumdemque debitorem petentem submovet, si paratus est compensare.

« Toute personne repousse l'action de son créancier, qui est aussi son débiteur, si elle est prête à compenser. »

Ce texte est évidemment interpolé, car il impliquerait que la compensation était admise dans tous les cas, dans toutes les actions à l'époque de Julien, c'est-à-dire avant Gaius !

A la place du mot *unusquisque* qui donne au texte sa portée générale, nécessairement fausse, il y en avait donc certainement un autre. Quel était-il ? Puisque le texte prévoit un cas de compensation, il ne peut se référer qu'à l'un des trois cas exceptionnels où la compensation était admise au temps de Julien, savoir celui des actions de bonne foi, du bonorum emptor, ou de l'argentarius. Or le texte ne peut s'appliquer ni à une action de bonne foi, ni au cas du bonorum emptor, parce que l'expression *submovet*, impliquant le débouté complet du demandeur, ne convient ni aux actions de bonne foi, ni à la *deductio* du *bonorum emptor*. En effet, dans ces deux cas, le défendeur fait *réduire* la condamnation et non pas *débouter (submovere)* le demandeur. Donc le texte ne pouvait s'appliquer qu'à l'*argentarius*. A la place de *unusquisque*, Julien avait écrit : *argentarius :*

Argentarius *creditorem suum, eumdemque debitorem petentem submovet, si paratus est compensare.*

C'est le banquier, qui, en offrant d'opérer sur ses livres la compensation, fait débouter son client lui réclamant le crédit de son compte, sans avoir égard au débit.

Les compilateurs se sont empressés de généraliser la solution en mettant *unusquisque* à la place d'*argentarius*. Ils ont cru pouvoir conserver, en les généralisant, un certain

nombre de textes relatifs à l'action *cum compensatione;* dans cette action, en effet, la créance du demandeur se trouvait diminuée, non pas il est vrai *ipso jure*, comme le veut Justinien (1), mais par la vertu de la formule. Il y a donc une certaine analogie entre ce cas et le principe établi par l'empereur.

Faut-il ajouter encore un mot pour compléter la démonstration?

Nous avons montré qu'il ne pouvait être question dans l'hypothèse de la L. 2 que de la *compensatio* de l'*argentarius*. Ajoutons que dans le cas visé par le texte, l'argentarius devait nécessairement jouer le rôle de défendeur.

En effet, si c'était le client, on ne dirait pas de ce client *opposant* la compensation : *paratus est compensare*. On ne dirait pas non plus qu'en faisant cela, il fait débouter *(submovet)* l'argentarius, car l'échec de l'argentarius qui subit plus-pétition pour n'avoir pas tenu compte de la compensation se caractérise par les expressions : *causa cadit* (2), *male petit* (3), mais non par le verbe *submoveri* qui s'applique surtout au cas où l'on est repoussé par l'effet d'une exception (4).

C'est donc bien l'argentarius qui faisait débouter son client en se déclarant prêt à faire la balance.

Mais par quel moyen de procédure obtenait-il ce résultat?

Vraisemblablement en opposant l'exception *pensatæ pecuniæ* dont il est question dans la L. 19, § 4, D. *De probationibus*, 22, 3.

Ulpianus, libro septimo disputationum :

Idem erit dicendum (c'est-à-dire le défendeur doit

(1) *Ut actiones ipso jure* minuant, Inst. IV, 6 § 30.
(2) Gaius, IV, § 68, Paul, Sent. II, 5, § 3.
(3) L. 4, D. h. t.
(4) Voyez Dirksen, *Manuale Latinitatis, hoc verbo.*

encore prouver le bien fondé de son exception) *si ea pecunia petatur quæ pensata dicitur.*

Telle est l'opinion de Lenel (1).

Le client, nous l'avons vu, n'est pas obligé d'agir *cum compensatione*. On ne peut exiger de lui l'exactitude mathématique qu'on doit attendre d'un banquier. Mais, ajoute l'auteur cité, l'équité exigeait que le banquier à qui incombe l'*obligation* d'opérer la compensation, quand il est demandeur, eût du moins le *droit* de l'opposer quand il se trouve défendeur.

Le mot *submovet* qu'emploie Julien dans L. 2, D. h. t., convient très bien pour désigner le débouté du demandeur, résultat d'une exception (2).

D'ailleurs, l'exception *pensatæ pecuniæ* se rapportait certainement aux argentarii.

En effet, premièrement il s'agit visiblement de deux dettes d'argent portant sur des sommes déterminées et qui ont été compensées entre elles : *pensata pecunia.*

Secondement, il ne s'agit pas d'une compensation conventionnelle, comme Eisele (p. 248) incline à le croire,

(1) *Edictum perpetuum*, p. 402. La formule de cette exception aurait été : « *Si non ea pecunia petitur quæ pensata est.* »

(2) On pourrait aussi penser à l'exception de dol. N'y a-t-il pas dol de la part du client à réclamer le paiement des sommes portées à son crédit sans tenir compte de celles inscrites à son débit, alors que le banquier lui offre de le libérer de sa dette en balançant le compte *(paratus est compensare)* ? Il s'agit là de créances incontestées ou incontestables, résultant soit d'avances dont le banquier possède les reçus, soit de *nomina transcripticia* approuvés par le débiteur.

D'ailleurs les livres des banquiers paraissent avoir fait foi (L. 9, § 2, L. 10, D. *De edendo*, 2, 13, L. 27 § 1, D. *De furtis*, 47,2). Peut-être l'exception de dol a-t-elle trouvé ici sa première application, prélude du rescrit de Marc-Aurèle ? On sait que l'exception de dol peut remplacer toutes les exceptions *in factum*, parce que, dit la L. 2, § 5. D. *De doli mali except.*, 44, 4 : « faire une réclamation qui peut être écartée par une exception, c'est commettre un dol, car à supposer que le demandeur n'ait commis aucun dol antérieur, le dol consiste précisément à intenter l'action dans ces conditions... »

car alors il y aurait lieu tout simplement à l'exception *pacti conventi.*

Troisièmement, il ne s'agit pas ici d'un défendeur à une action de bonne foi qui, ayant opposé en compensation une créance *ex eadem causa*, a fait diminuer d'autant la condamnation et viendrait ensuite, au moyen de l'action qui naît pour lui du même contrat, réclamer cette créance. En effet, le texte suppose que la créance compensée avait pour objet une somme d'argent *déterminée*, ce qui n'est jamais le cas dans l'action de bonne foi.

Enfin, si cette créance était réclamée par une action de bonne foi, il n'y aurait pas besoin d'une exception spéciale *pensatæ pecuniæ;* la bonne foi qui domine l'action permettrait au juge de rejeter la demande en vertu de son *officium* même.

Il s'agit donc d'une action de droit strict, d'une condictio *certæ pecuniæ*, à laquelle on répond en disant que cet argent a été compensé. Cela s'applique fort bien à l'hypothèse du banquier poursuivi par son client.

L'exception *pensatæ pecuniæ* s'applique encore fort bien au cas où le client du banquier, condamné sur l'action *cum compensatione* à payer la différence existant au profit du banquier, s'avisait ensuite d'aller réclamer à l'*argentarius* le paiement de la créance que cet *argentarius* avait déduite de la sienne propre pour ne réclamer que l'*amplius*. Le banquier alors opposait l'exception *pensatæ pecuniæ* et devait prouver qu'il avait réellement fait entrer en ligne de compte la créance réclamée lors de l'action *cum compensatione* intentée par lui auparavant.

Voilà, en dehors de l'application signalée par Lenel, un nouveau cas où l'exception trouvait visiblement sa place. Peut-être a-t-elle été remplacée plus tard par l'exception de dol. Voyez la note précédente.

12. — Eisele explique autrement notre L. 2. D. h. t.

Ce texte prévoirait, selon lui, le cas où, deux personnes étant respectivement créancières de choses fongibles de la même espèce, le créancier de la somme *la plus faible*, prenant les devants, actionnerait l'autre.

A l'époque de Marc-Aurèle, dit Eisele, il a paru contraire à l'équité de condamner le défendeur à la totalité de la somme réclamée, quand il invoquait une créance reconventionnelle plus faible que sa dette. Donc, dès avant cet empereur, on a dû être particulièrement choqué de voir le créancier de la somme *la plus faible* vouloir se faire payer comme s'il ne devait pas lui-même davantage, et on a dû, dès avant Marc-Aurèle, donner au créancier de la somme la plus forte les moyens de repousser cette demande injuste.

Selon Eisele, le défendeur alors disait : « Je vous donne toute satisfaction, je suis prêt à compenser, c'est-à-dire à agir contre vous par la formule *cum compensatione* pour la différence en ma faveur. »

Par ce moyen, dit Eisele, il faisait refuser l'action à son adversaire. « *Paratus est compensare* » signifierait dans ce système être prêt à *agere cum compensatione*.

Ce système ne peut être admis :

1° Il prête au texte en supposant que la créance du défendeur est la plus forte. Il n'y a pas trace de cela dans le fragment ;

2° Il suppose des créances de choses fongibles de la même espèce. Le texte au contraire, *dans sa teneur actuelle*, semble embrasser tous les cas *(unusquisque)*. Or, Eisele le prend dans sa teneur actuelle ; on a donc le droit d'invoquer cette teneur actuelle contre lui ;

3° Ce système fournirait à tous les débiteurs de mauvaise foi le moyen de gagner du temps et de retarder beaucoup le jour où leur adversaire obtiendrait condamnation contre eux. Car enfin, il est trop facile à un

homme de mauvaise foi de jouer l'indignation et de dire à son adversaire : Comment ! vous avez l'audace de me réclamer votre créance, alors que vous me devez bien davantage ; je réclame contre vous l'action *cum compensatione.*

4° Enfin, Eisele prend ici le mot *compensare* dans le sens d'*agere cum compensatione ;* mais ne vaut-il pas mieux lui attribuer le sens plus naturel de réaliser la compensation, c'est-à-dire de faire sur les livres d'un banquier la soustraction, la balance de deux comptes ?

Dernière remarque. L'obligation d'agere *cum compensatione* et le péril de la *plus petitio*, en cas d'erreur, ne faisaient pas à l'argentarius une position aussi rigoureuse qu'on pourrait le croire.

En effet, devant le Préteur on s'expliquait, grâce aux *interrogationes in jure*. Si le défendeur reconnaissait devoir une partie du reliquat réclamé par le banquier, le Préteur devait le tenir pour *confessus* quant à cette somme et ne délivrer l'action que pour le surplus. Le demandeur lui-même y a intérêt, car l'action étant la *condictio certæ pecuniæ*, il est exposé, s'il se trompe, à payer le tiers en plus ; il vaut donc mieux que ce tiers se calcule sur une plus faible somme.

Cette division de la demande en deux parties est consacrée par un texte auquel on n'a peut-être pas accordé toute l'attention qu'il mérite. C'est la clef de bien des difficultés dans l'histoire de la compensation. Je veux parler de la L. 21, D. *De rebus cred.*, 12, 1.

Julianus lib. 48 Digestorum :

Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi ; sed in utraque causa humanius facturus videtur prætor si actorem compulerit ad accipiendum

id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.

« Quelques-uns ont pensé qu'on ne devait pas forcer celui qui réclame 10 et à qui le défendeur reconnaît devoir 5, d'accepter ces 5, et d'intenter son action pour le surplus contesté, de même qu'on ne devait pas forcer celui qui veut revendiquer un immeuble à accepter l'offre d'une partie et à revendiquer seulement le reste. Mais, dans les deux cas, le Préteur agira avec plus d'humanité en forçant le demandeur à accepter l'offre qui lui est faite, puisque réduire les procès rentre dans son office. »

13. — La seconde application de l'exception *pensatæ pecuniæ*, mentionnée à la fin du § 11 (l'hypothèse où le client du banquier condamné à la différence sur l'action *cum compensatione* s'avisait de réclamer au banquier le paiement de sa créance dont le banquier avait fait la soustraction) va nous aider à résoudre une question à laquelle Eisele (p. 30-35) consacre d'assez longs développements. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les créances opposées se trouvaient déduites *in judicium* et par conséquent consommées, tant dans le cas d'une action de bonne foi que dans celui de l'*argentarius*.

Selon cet auteur, dans les actions de bonne foi, la créance du défendeur serait ou non déduite *in judicium*, partant consommée, selon que le juge en a ou non tenu compte.

Mais ce n'est pas ainsi, à notre gré, que la question se pose.

Si le juge a repoussé la compensation alléguée *quasi non existente debito*, nous avons vu (1) que le défendeur se heurterait à l'exception *rei judicatæ* s'il voulait réclamer sa créance par voie d'action. Mais il ne faut pas

(1) Chapitre II, § 9.

confondre la question de chose jugée avec celle de consommation du droit déduit de justice. Pour qu'il y ait chose jugée, il faut et il suffit qu'il y ait *eadem quæstio*, même si l'on intente une action différente de la première ; il suffit que la difficulté à résoudre par le second juge soit au fond la même que celle que le premier juge a tranchée (1). Ici nous sommes donc en présence d'une question de chose jugée, non de consommation du droit par la *deductio in judicium*.

Que si le juge n'a pas admis la compensation, sans déclarer inexistante la créance reconventionnelle, tout le monde reconnaît qu'elle n'est aucunement consommée.

Reste donc le cas où le juge en a tenu compte pour réduire d'autant la condamnation du défendeur. Dans ces conditions, si ce défendeur réclamait cette créance compensée, en intentant l'action de bonne foi qui lui appartient, il serait repoussé tout simplement par le motif qu'il a déjà reçu à cet égard une satisfaction équivalente à un paiement ; la bonne foi, qui régit l'action, ne permet pas qu'il soit payé deux fois.

Mais nous ne voyons naître ici aucune question de consommation du droit par la *litis contestatio*, et il nous semble que c'est le demandeur seulement dont le droit peut être déduit *in judicium* et par conséquent consommé, puisque c'est seulement du droit du demandeur que parle l'*intentio* de la formule.

En ce qui touche l'argentarius, Eisele soutient que tous les articles du compte sont déduits *in judicium* et consommés, tant ceux au profit du client que ceux au crédit de l'argentarius. Cependant, la créance du client ne serait consommée, si elle était plus forte que celle de l'argentarius, que jusqu'à concurrence de cette dernière, et point

(1) L. 7 § 4, D., *De exceptione rei judicatæ*, 44, 2.

du tout si par hasard la créance de l'argentarius n'existait point.

Cette consommation variable de la créance reconventionnelle n'est pas, dit Eisele, une idée arbitraire ; elle s'accorde, au contraire, fort bien, tant avec la rédaction de la formule qu'avec la nature même des choses. Le solde, la différence figure dans la formule avec l'indication de son chiffre, il y est aussi question de la créance reconventionnelle, mais sans indication de son chiffre. Elle n'y figure que comme somme indéterminée à soustraire de la créance intégrale du demandeur, et par conséquent ce qu'on en prend ne peut jamais dépasser cette créance du demandeur ; elle ne peut donc être consommée dans une plus large mesure.

En second lieu, la déduction *in judicium* de la créance du défendeur ne se justifie que par la volonté de ce dernier d'opposer la compensation. Or, il ne le veut, bien entendu, que jusqu'à concurrence de la créance réelle du demandeur.

Pratiquement la question d'Eisele aboutit à ceci : lorsque l'argentarius perd son procès pour avoir exagéré le solde à lui dû, il perd à la vérité toute sa créance, mais la créance du défendeur, elle aussi, se trouve consommée, jusqu'à concurrence du moins du chiffre réel de la créance de l'argentarius. Celui-ci ne perd donc que l'*amplius*, le solde qui lui était légitimement dû.

Jusqu'ici la solution nous paraît juste, mais il nous semble qu'Eisele a tort de l'appuyer sur une consommation du droit du défendeur. Encore une fois, il n'y a jamais, dans aucune formule romaine, que le droit du demandeur qui soit déduit en justice et partant consommé par la litis contestatio (1), il serait étrange que le deman-

(1) Gaius, IV, § 106-108.

deur pût consommer le droit du défendeur, surtout dans le cas de l'argentarius que le Préteur obligera d'office à prendre la formule *cum compensatione*.

Qu'est-ce que l'argentarius a réclamé, qu'est-ce qu'il a déduit en justice ? Est-ce sa créance totale ? Non pas, mais seulement la différence entre sa créance et celle de son client.

C'est donc seulement cette différence qu'il peut avoir perdue par l'effet consumptif de la *litis contestatio: tantum amissum quantum petitum*, dirons-nous ; le banquier n'a pu éteindre sa créance de 100.000 sesterces en en réclamant 5.000 par exemple : il ne saurait avoir perdu ce qu'il s'est abstenu de réclamer.

Supposons que, pour avoir exagéré sa créance, et par conséquent le solde, il soit débouté. Ayant perdu l'excédent, il n'en garde pas moins une créance égale à celle de son client, créance que dans son compte il compensait avec celle du client et qu'il s'abstenait de réclamer pour ce motif. De son côté, le client conserve aussi sa créance, mais s'il la réclamait, l'argentarius lui opposerait l'exception *pensatæ pecuniæ*, et le ferait débouter en prouvant que dans le premier procès, il avait dans son calcul, tenu compte de cette créance du client, et qu'il était réellement créancier d'une somme égale.

De là, nous allons tirer une conclusion qui nous mettra en désaccord avec Eisele.

Supposons que le banquier n'ait tenu aucun compte de la créance de son adversaire et réclamé comme solde, comme *amplius*, la totalité de sa propre créance, que nous supposerons d'ailleurs plus forte que celle de son client.

Il va perdre son procès et sa créance ; mais, selon Eisele, la créance du client sera aussi consommée.

Pour nous, au contraire, le banquier ayant réclamé toute sa créance l'a nécessairement déduite tout entière en justice, et par conséquent perdue tout entière, juste puni-

tion de son refus d'admettre en compensation une créance légitime. Quand son client lui demandera le paiement de sa créance reconventionnelle, il ne pourra lui opposer l'exception *pensatæ pecuniæ*, puisque précisément il n'a voulu rien compenser : il n'a conservé aucune partie de sa créance pour faire équilibre à celle de son client.

En un mot, il ne peut opposer l'exception *pensatæ pecuniæ* que dans la mesure où il a tenu compte de la créance adverse dans le premier procès.

Ainsi, lorsque le banquier tient compte de la créance reconventionnelle, et se borne à réclamer l'excédent, les deux créances égales ne sont aucunement consommées, elles subsistent et se neutralisent pratiquement. Le banquier n'a plus rien à réclamer, puisque, forcé d'*agere cum compensatione*, il ne peut obtenir que la différence, laquelle est réduite à zéro ; quant au client, qui lui peut agir par *l'actio pura*, il se heurterait à l'exception *pensatæ pecuniæ*.

Si au contraire le banquier ne tient pas compte de la créance du client, il perd la sienne tout en restant débiteur de la même somme qu'auparavant. Ainsi se trouve sanctionnée, d'une manière fort énergique, l'obligation de tenir compte des créances de son client.

14. — Ces idées trouvent une nouvelle confirmation dans un autre texte, la L. 21, D. (Paulus libro primo quæstionum) où nous rencontrons encore une trace certaine de l'action *cum compensatione* propre à l'argentarius.

Mais pour comprendre ce fragment il faut se rappeler les règles de la *cautio de rato*. On sait que sous la procédure formulaire on pouvait plaider pour autrui, soit comme *cognitor*, soit comme *procurator* (1).

Le *cognitor*, qui ressemble à notre avoué, est un man-

(1) Voyez Frag. Vat., § 331, 333, 317 et s. — Gaius, IV, § 82 — 102.

dataire pourvu d'un pouvoir authentique; en effet, il a été constitué devant le magistrat, en présence de l'adversaire, par la partie elle-même et au moyen de paroles solennelles. Ce *cognitor* représente parfaitement son mandant; ce qui est jugé pour ou contre lui est jugé contre le mandant. Dès l'époque classique on assimila au *cognitor* le *procurator præsentis*, mandataire dont le pouvoir est certain, bien que non donné dans les formes solennelles usitées pour le *cognitor*. On comprend dès lors que quand un *cognitor* ou un *procurator præsentis* agit, il épuise le droit de son mandant ; le défendeur n'a pas à craindre que le mandant, désavouant son représentant, ne renouvelle le procès.

Au contraire lorsqu'une personne ne justifiant pas d'un mandat authentique, un *procurator absentis*, intente une action au nom d'autrui, le défendeur, s'il est condamné, devra payer au *procurator* (1). Si le maître de l'affaire ratifie, ou avait réellement donné mandat, pas d'inconvénient, mais si le *procurator* a agi sans pouvoir, ou en vertu d'un pouvoir révoqué, il peut être désavoué et le défendeur forcé de payer une seconde fois aux mains du créancier lui-même. Si le défendeur a été absous sur l'action du *procurator*, il court un autre risque, celui de voir le créancier, qui n'a pas été régulièrement représenté, renouveler le procès et le gagner peut-être. Pour éviter ce double danger, le défendeur n'acceptera de plaider contre un *procurator absentis* que si celui-ci s'oblige, en fournissant caution, à faire ratifier le résultat du procès par le *dominus litis* (2).

(1) On sait que le *procurator* se sert de la formule Rutilienne : on met dans l'*intentio* le nom du titulaire du droit réclamé, du *dominus litis*, et dans la *condemnatio* le nom du procurator au profit duquel le juge condamne le défendeur.

(2) Voyez Frag. Vat., §§ 331, 333. Gaius, IV, § 97.

Si le *procurator absentis* est défendeur, au contraire, il n'a pas à fournir la *cautio de rato*, car le demandeur ne court aucun risque. Il pourra en effet faire exécuter la sentence contre le *procurator*, qui a d'ailleurs dû fournir la caution *judicatum solvi*.

Ces explications préliminaires données, voici le texte: *Posteaquam placuit, inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

« Après qu'il a été décidé que les dettes réciproques se compenseraient entre toutes personnes (1), si le *procurator* d'un absent est actionné, il ne devra pas fournir la *cautio de rato*, car ce n'est pas lui qui compense, c'est le demandeur qui prend l'initiative *(ab initio)* de réduire d'autant le chiffre de sa demande. »

Laissons de côté pour le moment la première phrase du texte *(Posteaquam..... ipso jure compensari)*, évidemment interpolée ainsi qu'on le verra plus loin.

Reste la solution et son motif: l'une et l'autre prouvent que le texte se référait à l'argentarius.

En premier lieu le motif : *ab initio minus ab eo petitur* montre clairement que Paul parlait de l'argentarius; les termes qu'il emploie semblent en effet calqués sur ceux dont se sert Gaius, IV, § 64 : *ab initio..... minus intendat* (2).

(1) Les anciennes éditions plaçaient la virgule après *omnes ;* alors le sens serait: après que tous les jurisconsultes sont tombés d'accord, etc. Mais en ce cas *placuit* aurait suffi, ou bien on aurait mis *placuit omnibus*. Enfin, si du temps de Paul tous les jurisconsultes s'étaient mis d'accord pour admettre la compensation *ipso jure*, Justinien n'aurait pas eu besoin de l'introduire trois siècles plus tard par la L. 14, C. h. t. N'insistons pas.

(2) Gaius dit : *ab initio compensatione facta minus intendat*. Il serait bien possible que Paul eût écrit dans le fragment 21 D. h. t. : *sed ab initio (compensatione facta) minus ab eo petitur*. Les compilateurs

Quant à la solution elle-même elle exclut aussi toute autre hypothèse que celle de l'argentarius.

Car elle équivaut à dire que, dans tous les cas, quelles que soient les personnes en cause *(inter omnes)*, le défendeur n'a pas besoin de faire valoir la compensation, le demandeur étant tenu de l'opérer lui-même en réduisant d'autant sa demande.

Ce résultat ne peut s'expliquer que de deux façons :

Ou bien parce que la compensation s'opérant *ipso jure* (1), comme le dit le début du texte, le défendeur n'a pas besoin de l'opposer; on ne saurait donc lui demander de *cautio de rato*, il n'a rien à faire ratifier, puisqu'il n'a fait aucun acte, puisqu'il s'est croisé les bras. Or, il est bien certain que du temps de Paul il n'en était pas ainsi; la compensation *ipso jure* est l'œuvre de Justinien, nous le savons de science certaine. Cette première explication doit donc être écartée.

Ou bien il s'agit d'un demandeur tenu d'opérer lui-même la compensation, de réduire de lui-même sa demande, en un mot d'agir *cum compensatione ;* c'est précisément le cas de l'argentarius.

On peut donc être assuré que Paul avait écrit :

Si procurator absentis (ab argentario) *conveniatur.*

Les compilateurs ont supprimé les mots : *ab argentario*, croyant pouvoir, depuis la L. 14, C. h. t., généraliser la solution de Paul. Ils se sont dit : puisque depuis la constitution de notre empereur les actions, quelles qu'elles soient, sont diminuées *ipso jure* par la compensation, la

auraient retranché les mots *compensatione facta :* le demandeur, ont-ils pensé, n'a plus à faire la compensation puisqu'elle s'opère *ipso jure.*

(1) En prenant ces mots dans le sens de *sine facto hominis,* par la seule force de la loi. On voit par là que c'est en ce sens que la constitution de Justinien (L. 14, C. h. t.) a été interprétée à tort ou à raison par certains compilateurs de son œuvre.

solution que Paul donne pour l'argentarius doit être maintenant vraie entre toutes personnes *(inter omnes)*. Ils ont fait mieux : ils nous ont eux-mêmes expliqué la raison pour laquelle ils ont interpolé le texte, ils se sont justifiés et presque excusés par avance d'avoir généralisé une solution que le texte réservait à une situation spéciale : elle doit être généralisée, ont-ils dit, depuis qu'il a été décidé que les dettes réciproques se compensaient de plein droit : « *posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso jure compensari* ». Ils ont ainsi pour ainsi dire signé leur interpolation, ils y ont mis un écriteau ; aveugle qui ne la verrait pas (1) !

(1) Bethmann-Hollweg cité par Eisele, p. 161, note 48, avait déjà signalé l'interpolation. Chez d'autres auteurs la loi 21 a donné lieu aux plus étranges interprétations ; on en trouvera un certain nombre dans Eisele, p. 158-167. Ce serait perdre du papier inutilement que de les reproduire ici, nous nous bornerons à résumer celle de Dernburg et celle d'Eisele lui-même.

Selon Dernburg (p. 330 et s.), depuis que la compensation est devenue de droit commun (?) la faculté de l'opposer est comprise dans le pouvoir de défendre ; auparavant il aurait fallu un pouvoir spécial !

Eisele, qui critique avec raison cette interprétation fantaisiste, en propose une autre qui ne l'est pas moins. On se rappelle que, suivant Eisele, avant Marc-Aurèle le créancier de la créance la plus forte poursuivi par le créancier de la créance la plus faible pouvait lui faire refuser l'action en s'offrant à agir lui-même *cum compensatione*. Telle est l'interprétation qu'il donne de la loi 2, D. h. t.

Il ajoute que le créancier de la créance la plus faible avait aussi un moyen de faire compenser, c'était de se prétendre créancier de la créance la plus forte et de réclamer sa *créance intégrale* comme *différence* entre les deux. Par exemple, débiteur de 100 et créancier de 70, il réclamait hardiment 70 comme *amplius*, comme solde en sa faveur. Naturellement il perdait son procès pour cause de plus-pétition, mais une portion de la créance de son adversaire, portion égale à sa propre créance était par là déduite *in judicium* et par suite consommée. Lui qui était autrefois débiteur de 100 ne pouvait plus être poursuivi que pour 30 (Eisele, p. 44).

Il ajoute, p. 165 :

« Nous avons montré qu'avant Marc-Aurèle, le créancier de la créance la plus faible, lorsqu'il était défendeur, ne pouvait demander la compensation qu'en agissant lui-même *cum compensatione*. Que si le défendeur était représenté par un procurator, alors ce mandataire devait

Eh bien, ce texte montre bien, lui aussi, que l'argentarius ne déduit en justice et ne consomme par conséquent que le solde par lui réclamé; quant au surplus de sa créance, il le garde intact pour équilibrer la créance reconventionnelle de son client.

En effet, quand il agit contre un *procurator absentis*, ce dernier, qui peut n'avoir aucun pouvoir, ne saurait disposer de la créance du client qu'il prétend représenter.

Dès lors, le client pourrait, en désavouant le *procurator*, demander à l'*argentarius* le paiement de cette créance. Il faut donc, de toute nécessité, que l'argentarius conserve aussi sa créance (sauf le solde qu'il a déduit en justice et pour lequel il a obtenu condamnation contre le *procurator)*. Sans cela, on ne comprendrait pas que l'on

fournir la *cautio de rato*. Et quoique le créancier de la créance la plus forte dût souvent céder et agir lui-même *cum compensatione*, cependant il ne devait le faire, ayant devant lui un *procurator* représentant le défendeur, que lorsque ce *procurator* était prêt à fournir la cautio *ratam rem*, sans laquelle le Préteur ne l'aurait pas laissé intenter l'action *cum compensatione* (qu'il avait demandée pour obliger son adversaire à la demander lui-même). Cette nécessité de sortir de la défensive et de se porter demandeur cessa avec Marc-Aurèle. »

Ainsi, selon Eisele, les mots : *nihil compensat* de la L. 21, D. h. t. signifieraient : *nihil necesse habet agere cum compensatione*. Depuis Marc-Aurèle, on n'a plus besoin, pour obtenir la compensation quand on est créancier de la créance la plus faible, de prendre les devants, d'agir *cum compensatione* contre son adversaire, en ayant l'audace de réclamer la totalité de sa créance comme étant la différence entre les deux.

En vérité voilà bien de l'ingéniosité dépensée en pure perte ! Que de complications, grands dieux ! Quelle fertilité d'imagination ! Quelle série d'hypothèses invraisemblables greffées les unes sur les autres ! Nous avons tenu à donner au lecteur un exemple des subtilités que les interprètes ont entassées sur notre matière de manière à la recouvrir d'une couche si épaisse d'erreurs que la vérité finit par y disparaître complètement.

Et tout cela, pour n'avoir pas compris que les compilateurs, dont on connaît les procédés simplistes, se sont bornés à généraliser des solutions originairement faites pour le cas de l'*argentarius*. Tout cela pour ne s'être pas montré assez rigoureux dans le choix des matériaux destinés à former la construction juridique.

dispensât le procurator de fournir la caution *de rato*, laissant ainsi l'argentarius exposé au péril de payer sa dette, après avoir perdu sa créance ! Donc, il la conserve, dans la mesure où cela est nécessaire pour faire équilibre à la créance de son client.

15. — Il en serait tout autrement de la compensation dans une action de bonne foi. Supposons le créancier agissant en vertu d'une société, par exemple, contre un *procurator absentis* qui se présente pour défendre l'autre associé absent et qui oppose, au nom de cet associé, une compensation *ex eadem causa*. Il faudra que ce procurator fournisse la *cautio de rato*, car le demandeur en intentant son action a déduit en justice toute sa créance (1) puisque l'intentio de la formule porte : *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona ;* il a donc épuisé son droit, et cependant la condamnation qu'il a obtenue a été diminuée en vertu de la compensation invoquée par le *procurator* défendeur. Mais si l'associé absent, étant de retour, désavoue le procurator, il aura conservé sa créance reconventionnelle et pourrait l'exercer contre le premier associé.

Ce dernier pourrait-il opposer en compensation la créance qu'il avait? L'équité l'exigerait sans doute, mais cette créance, il l'a déduite tout entière *in judicium* en poursuivant le *procurator*.

Il faut donc, si l'associé absent ne ratifie pas la compensation opposée en son nom par le procurator, que l'associé présent puisse se retourner en vertu de la *cautio de rato* contre le procurator qui n'a pas obtenu la ratification promise.

Telle est la solution que Paul lui-même, l'auteur de notre loi 21, donne dans une hypothèse très voisine de

(1) Voyez Gaius, IV, § 131.

celle que nous venons de supposer et régie évidemment par les mêmes principes. Il s'agit d'un fils de famille qui avait contracté une société avec un tiers. Le fils de famille devient personnellement débiteur en vertu de ce contrat, mais quant aux créances qui en naissent à son profit, ce n'est pas lui, c'est son père qui les acquiert. Dès lors, si le tiers actionne le fils, celui-ci peut-il lui opposer en compensation les créances acquises au père en vertu du même contrat? Oui, dit le texte, car le contrat forme un tout qu'il ne faut pas scinder, mais à une condition, c'est que le fils donne caution de faire ratifier cette compensation par son père, en d'autres termes, de faire en sorte que le père ne réclame plus ce que le fils a compensé :

L. 9, § 1, D. h. t.:

Sed si cum filio familias agatur, an quæ patri debeantur filius compensare possit, quæritur : et magis est admittendum, QUIA UNUS CONTRACTUS EST, *sed cum conditione ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit.*

Si, au lieu d'un fils de famille, c'était un *procurator* qui se présentait pour représenter l'associé défendeur et qui invoquait la compensation, la solution devrait évidemment être la même. Dans les deux cas, en effet, le défendeur oppose en compensation une créance qui ne lui appartient pas ; dans les deux cas le demandeur a déduit toute sa créance *in judicium*, il l'a par conséquent consommée.

Pourquoi donc en est-il différemment dans le cas de la loi 21 ; pourquoi la *cautio de rato* n'est-elle pas nécessaire alors, tandis qu'elle est exigée dans le cas de la L. 9, § 1, où le demandeur, au lieu d'être un argentarius agissant par la *condictio*, est un associé qui intente l'action *pro socio ?*

Parce qu'en intentant cette action de bonne foi, à *intentio incerta*, l'associé a déduit *in judicium*, et partant

consommé, toutes les créances résultant pour lui de la société (1).

Tandis que, dans le cas de la L. 21, l'argentarius n'a pas déduit en justice toute sa créance, mais seulement ce qui excède celle du défendeur, en sorte que si ce dernier, désavouant le *procurator*, vient à son tour actionner le demandeur originaire, celui-ci ayant conservé une créance égale, pourra au moyen de l'exception pensatæ pecuniæ (2) le faire débouter de sa demande.

16. — La différence de solution se justifie d'ailleurs par une autre raison plus décisive encore, et surtout plus facile à résumer d'un mot. C'est peut-être pour ce motif que Paul s'est borné à nous donner celle-là.

Lorsque le défendeur à une action de bonne foi peut invoquer une créance reconventionnelle née *ex eadem causa*, il a le choix, ou de l'opposer en compensation, ou de la garder pour la réclamer à son heure par voie d'action (3). S'il l'oppose en compensation, il s'interdit naturellement de la réclamer ensuite par action principale. Quand c'est un *procurator* qui tient la place du défendeur,

(1) Gaius, IV, § 131.

(2) Ou peut-être par l'exception de dol, voyez *supra* p. 114, note 2. Le *procurator* ayant été désavoué, ce qui s'est passé entre lui et le banquier n'est pas opposable au client poursuivant l'argentarius. Le banquier ne peut donc pas objecter qu'il a opéré la compensation (exception *pensatæ pecuniæ?)* quand il a poursuivi le procurator désavoué. Mais voici le langage que tiendra le banquier : « Je n'ai poursuivi le procurator que pour la différence entre ma créance et la vôtre ; je n'ai donc déduit en justice, et partant consommé, que cette différence. J'ai donc conservé une portion de ma créance égale à ma dette envers vous. Vous me poursuivez, je vous offre de compenser *(paratus sum compensare)*. Grâce à cette offre, le banquier repousse son client par l'exception *pensatæ pecuniæ* ou celle de dol. N'oublions pas que ces créances inscrites sur les livres des banquiers résultent toujours de titres écrits, en sorte que leur existence ou leur montant ne peuvent être contestés sans dol. Voyez *supra* § 11.

(3) *Sic erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit sumptus*, L. 1 § 4, D. *De cont. tut.* 27,4.

il exerce ce choix, et s'il oppose la compensation, il faut naturellement qu'il s'engage à ce que celui qu'il représente ratifie cette option et ne réclame plus la créance compensée. D'où la nécessité de la *cautio de rato* dans cette hypothèse (1). Le *procurator* qui *agit* doit fournir cette *cautio*. Opposer la compensation, n'est-ce pas agir ? On peut le soutenir, car Paul lui-même nous apprend que c'est contrevenir à la promesse *amplius non agi* (2) que d'opposer la compensation.

Conclusion : celui qui oppose la compensation doit fournir la *cautio de rato*, et Paul applique cette idée dans la L. 9, § 1, D. h. t., au fils de famille poursuivi par son associé. Il s'agit alors du *pro socio*, action de bonne foi.

Mais dans le cas de la L. 21, le *procurator* n'oppose pas la compensation, dit Paul : *nihil compensat ;* c'est le demandeur qui prend l'initiative de l'opérer lui-même : *sed ab initio minus ab eo petitur*. Le procurator ici n'a qu'à se croiser les bras : donc il n'*agit* pas, donc il n'a pas à fournir la *cautio de rato !*

Voilà le raisonnement de Paul.

On voit qu'il ne peut absolument s'appliquer qu'à l'hypothèse de l'argentarius, seul cas de nous connu où c'est le demandeur qui, prenant l'initiative de la compensation, réduit de lui-même sa demande : *ab initio minus ab eo petitur*.

D'ailleurs, cette dispense de la *cautio de rato* n'a pas

(1) Cette *cautio* porte que la personne pour qui le *procurator* agit ne formera pas de demande nouvelle à raison du même droit *(amplius non peti)* et ratifiera les résultats du procès où le *procurator* l'a représentée *(ratam rem haberi)*.

(2) L. 15 D. *Ratam rem.* 46,8 : *Si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti*. De même Ulpien L. 12, § 3, *eod. : Sive quis petat, sive compensatione utatur, committitur statim ratam rem dominum habiturum stipulatio.*

d'inconvénient pour l'argentarius, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent. Le banquier, n'ayant déduit en justice que la différence, a gardé le surplus de sa créance; il l'opposerait à son débiteur si ce dernier réclamait la sienne.

On voit en même temps pourquoi ici, comme dans plusieurs autres textes, les compilateurs ont cru pouvoir utiliser sans scrupule des solutions spéciales à l'argentarius. En effet, rien ne ressemble plus à la compensation *ipso jure* du droit de Justinien, telle que la comprenaient les compilateurs, à cette compensation diminuant les actions de plein droit (1), que la procédure imposée à l'argentarius demandeur et qui le force à diminuer lui-même son action.

On a remarqué que dans ces deux textes (la L. 21 et la L. 9, § 1, D.) Paul prend le mot *compensare* employé à propos du défendeur, dans le sens d'opposer en compensation : « *nihil compensat* » (L. 21), « *filius compensare possit... quod is compensaverit* » (L. 9 § 1) (2).

(1) « *Ut actiones ipso jure minuant* », Inst., IV, 6, § 30.

(2) C'est pourquoi il ne faut pas faire subir au texte de la loi 21, D. h. t., la modification, d'ailleurs ingénieuse, proposée par Naber (*Observatiunculæ de jure romano* XXVI, *extract. Mnemosynes bibliothecæ philologicæ batavæ*, t. 21, p. 28 et s. Voyez aussi XXXIII).

Cet auteur suppose que deux mots (*petit qui*) auront été omis par les copistes, et propose de lire :

Si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil [petit qui] *compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

Ce qui pousse Naber à proposer cette correction, c'est qu'il est choquant, dit-il, de dire d'un *procurator* qui, au nom d'un absent invoque la compensation : « il ne compense pas, *nihil compensat* » ! On voit au contraire que cela est tout à fait exact, si on ne détourne pas le texte de l'hypothèse pour laquelle il a été fait, et dans laquelle c'est le demandeur qui opère lui-même la compensation. Naber est vraiment bien ingénieux, mais ses raisonnements s'appuient souvent sur des bases trop fragiles. Après avoir introduit dans le texte de Paul ces deux mots « *petit qui* » qui n'y sont pas, il part de là pour mettre ce jurisconsulte en contradiction avec lui-même. Paul, L. 15, D. *Ratam rem*, reproduite plus haut, nous affirme qu'user de la compensation,

17. — Il existe dans les sources d'autres traces encore de l'action cum compensatione de l'argentarius.

Pour les découvrir, il faut d'abord déterminer quelle était dans l'Edit, et par suite dans les commentaires sur l'Edit, la place de cette formule. Cette détermination est due à Lenel (1).

Cette action constitue une modification prétorienne de la *condictio certi*, comme les actions prétoriennes *de eo quod certo loco* et *de pecunia constituta*. Elle doit donc se trouver dans le voisinage de ces deux actions et sous le titre *de rebus creditis*, qui comprend dans la terminologie romaine tous les cas de *condictio* et en outre le commodat et le gage, L. 1, § 1, D., *De reb. cred.*, 12, 1.

Or, Ulpien traite des actions *de eo quod certo loco* et *de constituta pecunia* au livre 27 ad Edictum. Il traite au livre 28 du commodat et du gage.

Donc, la formule *cum compensatione* devait se trouver commentée par Ulpien, soit au livre 27, soit au livre 28, car à la fin du livre 28 Ulpien passe à une autre matière, les actions exercitoire, institoire, *de peculio*, etc.

Paul, dans ses Sentences, suivait aussi l'ordre de l'Edit (2). Eh bien ! c'est après l'action pignératice et avant l'action exercitoire que se trouve le fameux passage se référant, à n'en pas douter, à la compensatio de l'argentarius (3).

c'est *petere*, et voilà que dans la L. 21, D. h. t., il dit au contraire : *nihil* (petit qui) *compensat.* Il n'y a qu'un malheur, c'est que « *petit qui* » n'est pas de Paul. C'est l'éminent professeur hollandais qui a lui-même introduit dans le texte de Paul la contradiction qu'il lui reproche.

(1) Comparez Lenel, Z. S. S. 1883, p. 112 et s. Voyez aussi *Das Edictum perpetuum*, p. 202.

(2) Les Sentences suivent l'ordre habituel des traités appelés *Digesta* qui comprenaient le *jus honorarium* et, à titre d'appendice, le droit civil. Voyez Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 212 et 131.

(3) Paul, Sent., II, 5, § 3. Il y est question de compensation entre créances nées *ex dispari causa,* mais portant sur des choses fongible

Voici, en effet, l'ordre de Paul (livre II) :

Action pignératice, titre V, §§ 1 et 2;

Compensation, titre V, § 3 ;

Action exercitoire, titre VI.

On doit donc croire que l'Edit plaçait la formule de l'argentarius après le commodat et le gage et avant l'action exercitoire, et par conséquent qu'Ulpien en traitait au livre 28 de son commentaire sur l'Edit, livre qui comprend à la fois, comme nous l'avons vu ci-dessus, le commodat et le gage d'une part, les actions exercitoire et institoire d'autre part.

Or, il y a au Digeste deux fragments tirés du livre 28 d'Ulpien *ad Edictum* et qui ne figurent dans aucun des quatre titres consacrés par le Digeste au commodat, au gage, à l'action exercitoire et à l'action institoire. D'ailleurs, il serait assez difficile d'appliquer ces deux fragments à ces matières. — L'un d'eux se trouve précisément au titre *De compensationibus*. C'est la L. 7, D. h. t.

Il est manifeste que le *principium* de ce texte (1) se rapportait à l'action *cum compensatione*, à la formule de l'argentarius ; il nous répète en somme ce que nous dit Gaius, IV, § 67 : les dettes à terme ne peuvent être opposées en compensation ; c'est là, on le sait, précisément la différence entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* du *bonorum emptor :*

Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur ; compensatur autem hoc solum quod præsenti die debetur (2).

Reste le § 1 :

de même espèce ; le demandeur est exposé au péril de la *plus petitio ;* tout cela désigne clairement l'action *cum compensatione.*

(1) *Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies venit, quanquam dari oporteat.*

(2) Gaius, IV, § 67.

« Si le juge n'a pas tenu compte de la compensation, le défendeur garde sa créance ; en effet, l'exception de chose jugée ne saurait lui être opposée ; je donnerai une solution différente s'il a repoussé la compensation pour cause d'inexistence de la dette, car alors on se heurterait à l'exception de chose jugée (1). »

On ne saurait rapporter ce paragraphe avec autant de certitude à l'action *cum compensatione*, parce qu'Ulpien aurait pu exprimer la même idée à propos de l'action *commodati*, par exemple, dont il traite aussi au livre 28. Nous avons vu, en effet, Gaius poser, précisément à l'occasion de cette action, le principe que, si le juge n'a pas tenu compte de la compensation, sans repousser d'ailleurs comme inexistante la créance opposée, le défendeur la conserve (2).

Cependant, rien n'empêche d'entendre ce paragraphe de la *compensatio* de l'argentarius, et quant à la question de savoir pour quelle raison le juge n'a pas tenu compte de la compensation, nous n'avons que l'embarras du choix. Ce peut être pour défaut d'exigibilité, et alors le § 1 aurait avec le *principium* un rapport de connexité évident. Ce peut être aussi pour défaut de liquidité. L'argentarius, obligé de se servir d'une *intentio certa*, ne doit évidemment faire entrer en ligne de compte que les créances pouvant être inscrites sur ses livres pour une somme déterminée.

Il existe au titre *De regulis juris* un autre fragment tiré du livre 28 d'Ulpien sur l'Édit : c'est la L. 43, D. 50, 17.

(1) *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei judicatæ exceptio obici potest. Aliud dicam si reprobavit pensationem quasi non existente debito, tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio.*

(2) L. 8, § 4, D. *Commodati*, 13,6.

Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. § 1. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

« Personne, en contestant l'existence de sa dette, ne se rend irrecevable à user d'un autre moyen de défense. »

Il est facile de rapporter le texte à la compensation de l'argentarius : le défendeur soutient principalement ne rien devoir, et subsidiairement que sa dette serait en tout cas compensée jusqu'à due concurrence par une créance qu'il aurait contre le demandeur.

Reste le § 1 du même fragment.

« Toutes les fois que plusieurs actions concourent pour sanctionner le même droit, on ne peut en utiliser qu'une seule. »

Cette maxime peut avoir été posée à propos de tant de matières qu'il est impossible de conjecturer à propos de quoi Ulpien l'énonçait.

Voilà pour les fragments d'Ulpien.

Gaius, on le sait, a fait sur l'Édit provincial un commentaire beaucoup plus bref que celui d'Ulpien (30 livres au lieu de 81). Dans son livre 9 *ad Edictum provinciale*, il traitait *de rebus creditis* (ce qui comprend, on le sait, le commodat et le gage), puis des actions exercitoire, institoire, etc., en un mot des matières entre lesquelles nous avons vu que s'intercalait la *compensatio* de l'*argentarius*. C'est donc dans ce livre que Gaius devait traiter ce sujet.

En effet au Digeste, nous trouvons sous le titre *De compensationibus* deux textes tirés de ce livre 9 de Gaius.

Nous connaissons déjà le premier, la L. 8 de notre titre (1).

« On doit faire entrer en compensation, même la

(1) Voyez ci-dessus n° 10 *in fine*.

créance que le défendeur a déjà réclamée en justice au demandeur. Il ne faut pas, en effet, que notre diligence empire notre situation. »

Ce texte suppose que le client de l'argentarius lui a réclamé sa créance sans tenir compte de sa dette ; d'où l'on peut conclure que ce client n'était pas tenu d'agir *cum compensatione*, comme nous l'avons décidé plus haut pour d'autres motifs encore.

Nous avons dit que la L. 8 ne prévoit pas une hypothèse d'action de bonne foi, puisqu'elle ne fait aucune allusion à la nécesité de l'eadem causa. Comme ce texte est de Gaius, il se réfère dès lors nécessairement soit à la *deductio* du bonorum emptor, soit à la *compensatio* de l'argentarius.

Or, il y a lieu de croire qu'il ne s'agissait pas de la deductio ; Gaius devait traiter de la *deductio* à propos de la *venditio bonorum*, par conséquent au livre 24 de son commentaire sur l'Édit, et non pas au livre 9 d'où est extrait notre fragment. De plus, on ne peut pas supposer que les compilateurs auraient ici mis *compensatio* à la place de *deductio ;* il faudrait alors croire que Gaius avait écrit : In *deductionem* etiam id *deducitur ;* or on ne trouve pas chez lui ces néligences de style.

18. — La L. 5 de notre titre est aussi tirée du livre 9 du commentaire de Gaius sur l'Édit provincial :

Si quid a fidejussore petetur, æquissimum est eligere fidejussorem quod ipsi an quod reo debetur compensare malit ; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

« Si le fidéjusseur est actionné, il est équitable de lui permettre d'opposer en compensation, soit ses créances propres, soit celles du débiteur principal. Mais même s'il veut les opposer toutes les deux, on doit l'écouter. »

Ce texte traitait très probablement des modifications que subissait la formule de l'argentarius lorsque l'action était dirigée contre une caution. C'était aussi le cas prévu

par la L. 4 de notre titre, près de laquelle la L. 5 a été reportée par les compilateurs, et ainsi dérangée de la place qu'elle aurait dû occuper dans la série sabinienne (1), afin de rapprocher les textes concernant la compensation opposée par le fidéjusseur.

Il s'agissait dans ce texte d'un fidéjusseur poursuivi par le banquier dont il avait cautionné un client. S'il garde le silence *in jure*, la formule ordinaire sera délivrée au banquier qui réclamera alors la différence entre sa créance et celle que le fidéjusseur peut avoir personnellement contre lui. Mais la caution peut demander qu'on modifie la formule de façon à forcer le demandeur à soustraire, au lieu de sa créance à lui fidéjusseur, la créance du débiteur principal, ou bien même les deux créances (2).

Il ne faudrait pas croire que, si l'une ou l'autre créance suffit pour contre-balancer celle de l'argentarius, le fidéjusseur ait toujours intérêt à opposer en compensation celle du débiteur principal et à garder la sienne. Si le débiteur principal est plus solvable que le créancier (le banquier), le fidéjusseur a au contraire intérêt à opposer en compensation au banquier ce que ce banquier lui doit à lui fidéjusseur. Ayant ainsi payé la dette et libéré le débiteur, il recourra ensuite contre ce dernier, dont il est sûr d'être payé. Il a ainsi recouvré par compensation sa créance contre un débiteur, par hypothèse suspect, le banquier. Cela vaut mieux que d'opposer en compensation ce que le banquier doit au débiteur, et de garder une créance mauvaise contre le banquier.

Dans l'hypothèse prévue par la L. 5 (comme dans celle de la L. 4, ainsi que nous le verrons ultérieurement), il

(1) Voyez Mommsen, *Digesta, hoc loco.*

(2) Reconstitution schématique : Si paret fidejussorem argentario decem millia dare oportere amplius quam ipse argentarius *fidejussori* debet ; ou bien : *reo debet ;* ou bien : *fidejussori et reo debet.*

s'agissait, avons-nous dit, d'un fidéjusseur obligé envers un argentarius.

Selon Lenel (1) il s'agirait au contraire d'un argentarius qui se serait porté fidéjusseur. Le texte signifierait : Si l'on poursuit un argentarius qui s'est porté fidéjusseur, il peut compenser soit ce que lui doit le créancier, soit ce que le créancier doit au débiteur principal.

Nous ne saurions admettre cette interprétation pour les raisons suivantes :

1° D'abord elle impliquerait que le client de l'argentarius devrait agir *cum compensatione*, ce qui n'est pas exact, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

2° En second lieu, l'argentarius sans doute saura ce que son créancier lui doit, mais comment pourra-t-il connaître ce que le créancier doit au débiteur principal, qui peut-être n'est pas là ?

Dans notre hypothèse au contraire (celle où l'argentarius poursuit le fidéjusseur de son client), le fidéjusseur actionné a un moyen bien simple de savoir si le banquier ne doit pas quelque chose au débiteur principal. Il n'a qu'à demander la production du compte ouvert au débiteur principal chez le banquier. Ce compte le *concerne*, le regarde : en effet, il a intérêt à ce qu'il lui soit fourni, et je crois que dans ce cas le fidéjusseur rentre dans les termes de l'Edit *de edendo*, D. II, 13, qui permet à toute personne d'exiger des argentarii les comptes *quæ ad se pertineant*.

Le fidéjusseur peut alors *compensare* (2), c'est-à-dire opposer en compensation, la créance qu'il veut choisir ou toutes les deux réunies.

(1) Palingenesia, Gaius, 213, note 2 : si quid a fidejussore petetur. Il ajoute : *id est ab argentario qui fidejusserit*.

(2) Nous avons déjà vu *compensare* pris dans ce sens dans la L. 9, § 1, D. h. t. Voyez ci-dessus n° 16 *in fine*, p. 132.

19. — Voici un autre texte se référant à la même hypothèse; les compilateurs en ont fait la L. 4, D. h. t.

Paulus libro tertio (1) ad Sabinum : *Verum est quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem quam reus condemnari potest.*

« Neratius décidait et Pomponius dit aussi avec raison que le fidéjusseur engagé à raison de n'importe quel contrat voit sa dette diminuée *ipso jure* de tout ce que le débiteur peut retenir par la compensation. En effet puisque, quand je réclame le tout au débiteur, mon action est mal intentée, par la même raison le fidéjusseur ne peut être tenu *ipso jure* à une somme plus forte que celle à laquelle le débiteur peut être condamné. »

Les mots *totum peto*, *male peto*, indiquent clairement une action à *intentio certa* et par conséquent de droit strict, dans laquelle le demandeur est exposé au péril de la plus-pétition *(male peto)* s'il demande la totalité de sa créance, sans tenir compte de la créance du débiteur.

Or, si l'on réfléchit que la solution donnée est celle de Neratius qui vivait quelque cinquante ans avant Marc-Aurèle, on restera convaincu que ce jurisconsulte prévoyait le cas où le créancier était un *argentarius*, et ne pouvait prévoir que ce cas-là.

Il est évident que le fidéjusseur n'aurait pas pu invoquer une compensation refusée au débiteur lui-même.

Or, avant Marc-Aurèle, dans les actions de droit strict la compensation n'était admise que dans deux cas, celui de l'argentarius et celui du *bonorum emptor*. Mais ce

(1) Ou plutôt *tertio decimo*. Au livre XII Paul traitait *de Verborum obligationibus* ; c'était le lieu de parler ensuite des fidéjusseurs.

dernier cas est exclu, non pas seulement par l'expression de *compensatio* qui pourrait être des compilateurs, mais avant tout par les mots *male peto*. On ne peut dire d'un bonorum emptor qui réclamerait toute la créance du failli sans tenir compte de la créance adverse : « *male petit* », car il n'en résultera pour lui aucun dommage, il ne saurait subir *plus petitio* (1).

Dès lors, Paul n'a pu écrire : *ex omni contractu*. Ces expressions obscures et embarrassées ont manifestement pour but de généraliser une solution originairement donnée pour un cas spécial, et ont probablement pris la place des mots « *argentario obligatum* » ou, tout simplement : « *argentario* », qui figuraient, selon toute vraisemblance, dans le texte original.

Ce texte doit être restitué de la façon suivante (2) :

« Verum est quod et Neratio placebat et Pomponius ait [ipso jure] fidejussorem [ex omni contractu] *argentario* debere quod ex compensatione reus retinere potest ; sicut enim cum totum [peto] *argentarius petit* a reo, male [peto] *petit*, ita fidejussor non tenetur [ipso jure] in majorem quantitatem quam reus condemnari potest. »

Nous avons vu en expliquant la loi 5, D. h. t., que le fidéjusseur actionné par l'argentarius pouvait obliger celui-ci à tenir compte soit de la créance du *reus*, soit de celle du fidéjusseur lui-même, soit enfin des deux créances cumulées, mais bien entendu il fallait pour cela que la formule fût modifiée. De droit commun la formule portait : « S'il appert que le défendeur doit à l'argentarius dix mille sesterces de plus que l'argentarius ne doit lui-même au défendeur, c'est-à-dire au fidéjusseur. » Si donc le fidéjus-

(1) Gaius, IV, § 68.

(2) Nous mettons entre crochets ce que nous retranchons au texte, et en italiques ce que nous y ajoutons.

seur veut qu'on tienne compte de la créance du *reus* il faudra qu'il fasse modifier la formule et mettre : »... de plus que le débiteur principal ne doit à l'argentarius ». Donc la compensation ne pouvait s'opérer *ipso jure* au profit du fidéjusseur.

Inutile d'ailleurs d'expliquer pourquoi les compilateurs ont ici interpolé deux fois de suite les mots *ipso jure*.

Au fond, le texte consacre le principe proclamé par Gaius dans la loi 5, à savoir que le fidéjusseur peut opposer la compensation du chef du débiteur principal. Mais Paul cherche ici, en outre, à justifier cette solution. On pourrait paraphraser son raisonnement en ces termes :

L'accessoire ne saurait dépasser le principal : l'obligation du fidéjusseur ne peut donc avoir pour objet une somme plus forte que celle du débiteur principa .

Or, l'obligation du débiteur principal se limite en pratique à la somme qu'on peut lui demander sans encourir la *plus petitio*, sans « *male petere* » comme dit le texte.

Eh bien ! l'argentarius, obligé d'agir *cum compensatione*, ne peut obtenir condamnation contre le débiteur que pour la différence entre leurs deux créances.

Donc, le fidéjusseur ne lui doit aussi que cette différence.

20. — Pour prouver que les textes précédents (excepté la L. 4) se rapportaient originairement à la *compensatio* de l'argentarius, nous pouvions invoquer la place qu'ils occupaient dans les commentaires sur l'Edit et leur contenu même qui cadre si bien avec ce que nous savons de cette *compensatio*, et souvent ne peut convenir qu'à elle.

Pour les textes qui nous restent à étudier, sauf la L. 18, D. h. t., nous ne pouvons faire valoir que ce dernier argument, mais nous allons voir qu'il est souvent tout à fait décisif.

L. 15, D. h. t. :

Javolenus libro secundo epistolarum : *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum : is petit a me quam ei debeo pecuniam ; quæro an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari? Respondit : si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promisit in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit pecuniam dari.*

« J'ai stipulé de Titius qu'il me paierait une certaine somme dans un lieu déterminé. Il me réclame une somme que je lui dois; je demande s'il faut, en opérant la compensation, tenir compte de l'intérêt que j'avais à être payé au lieu déterminé ? Le jurisconsulte a répondu : Si Titius m'actionne, il faut faire entrer en compensation l'argent qu'il a promis de me payer *certo loco*, mais en tenant compte de cette indication de lieu, c'est-à-dire de l'intérêt qu'avait Titius à payer au lieu désigné. »

Javolenus, auteur de ce fragment, vivait sous Vespasien, près de cent ans avant Marc-Aurèle, et la question qu'il traite se réfère à la compensation dans les actions de droit strict, *ex dispari causa*, puisque le défendeur est créancier en vertu d'une stipulation, et le demandeur par suite d'une cause non indiquée. Il s'agit donc nécessairement de la *compensatio* de l'argentarius ou de la *deductio* du *bonorum emptor*. Or, il faut écarter la *deductio*, car le texte suppose que l'action est intentée par celui-là même au profit de qui la créance est née, tandis que dans le cas de *deductio* l'action est intentée par le *bonorum emptor* des biens du créancier ; il faudrait donc, s'il s'agissait de *deductio*, que le texte eût subi une forte retouche dont il ne porte aucune trace. Enfin, si l'on considère qu'il suppose expressément deux créances ayant pour objet de l'argent, on ne doutera plus qu'il ne s'agisse d'un banquier et qu'il ne faille mettre *argentarius* à la place de

Titius que les compilateurs ont substitué pour généraliser la solution qui devait être en effet généralisée.

Quant à la solution, elle est des plus judicieuses.

Exiger du banquier qu'il déduise de sa créance non seulement le montant de la dette qu'il a promis de payer en un lieu déterminé, mais encore l'intérêt qu'avait son client à être payé en ce lieu, c'est l'exposer très injustement au péril de la plus-pétition, car il ne peut absolument pas évaluer l'intérêt qu'avait son client à être payé en ce lieu ; il faudrait pour cela connaître à fond les affaires de ce client.

Au contraire, le banquier, qui connaît ses propres affaires, ne saurait ignorer l'intérêt qu'il a lui-même à payer en un lieu plutôt qu'en un autre, et peut aisément justifier de cet intérêt en cas de contestation. En lui opposant la compensation, le client le force à payer au lieu du procès, puisqu'il l'oblige à toucher moins en ce lieu, ce qui équivaut à y payer. De là peut résulter pour le banquier un préjudice dont il est juste qu'il lui soit tenu compte.

Les compilateurs ont généralisé la solution, et avec raison.

Lorsque le défendeur est créancier d'une somme payable en un lieu déterminé, cette fixation de lieu a pu être faite soit :

1° Dans l'intérêt du demandeur qui a des facilités spéciales de paiement en ce lieu, et alors il est juste d'en tenir compte lorsque le défendeur invoque cette créance en compensation, ce qui équivaut à en réclamer le paiement ;

2° Soit dans l'intérêt du défendeur lui-même. Mais alors en opposant cette créance en compensation, il renonce au paiement au lieu convenu, il indique qu'il préfère être payé au lieu du procès. En effet, par la compensation, il fait diminuer la somme qu'il va être condamné à payer

au lieu du procès, ce qui équivaut à recevoir paiement de sa créance à ce même lieu. Du moment qu'il renonce à être payé au lieu convenu, il n'y a pas de raison de tenir compte de l'intérêt qu'il peut avoir à être payé en ce lieu.

21. — La L. 18, D. h. t., se référait aussi très probablement à la *compensatio* de l'argentarius :

Papinianus libro tertio responsorum : *In rem suam procurator* (1) *datus, post litis contestationem si vice mutua conveniatur (ab argentario) æquitate compensationis utetur.* § *1. Creditor* (2) *compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.*

« Si le *procurator* (lisez *cognitor) in rem suam*, après avoir fait litiscontestation avec le débiteur cédé (3), est actionné à son tour par ce dernier, il pourra invoquer la compensation. § 1. Le créancier (lisez l'argentarius) n'est pas forcé de compenser ce qu'il doit à un autre qu'à son débiteur, bien que son créancier exprime la volonté de compenser pour le compte du défendeur qui est actionné en paiement de sa dette personnelle (4). »

Ce texte est extrait du livre III des réponses de Papinien dont les 12 premiers livres suivent l'ordre de l'Édit. Comme dans le livre III il traitait *de rebus creditis* (Lenel, Papinien, 445-446), de l'action de *eo quod certo loco* (Lenel, 447), du gage, de l'action institoire, du dépôt, etc., matières entre lesquelles était enclavée, nous l'avons vu, la compensation de l'argentarius, il ya lieu de penser

(1) Papinien avait écrit : *cognitor*.
(2) Papinien avait écrit : *argentarius*.
(3) Ce débiteur était un *argentarius*.
(4) Rapprochez de ce texte la L. 9, C. h. t. : *Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.*

que c'était de la compensation de l'argentarius qu'il s'agissait ici, et qu'au lieu de : *Creditor compensare non cogitur*, il y avait : *Argentarius compensare non cogitur*, ce qui évite la répétition choquante du mot *creditor*, que l'on remarque dans le texte tel qu'il est actuellement rédigé.

Un autre indice montre qu'il s'agissait bien ici de la formule *cum compensatione*. C'est l'expression : *compensare non cogitur*. Il s'agit d'un demandeur, non pas à qui l'on oppose, à qui l'on fait subir la compensation, mais que l'on *force (cogitur)* à opérer lui-même la compensation. Il n'y a que l'argentarius, forcé de ne réclamer qu'un solde, à qui puissent convenir ces expressions.

Étudions maintenant les solutions de ce texte, en commençant par celle du § 1.

Elle se comprend fort bien. Le compte courant établi entre le banquier et chacun de ses clients est indivisible ; ce qui est dû par chaque client, c'est uniquement le solde de son compte. Ce motif fait complètement défaut lorsqu'il s'agit d'une créance appartenant à un autre client et par conséquent ne devant pas figurer sur le compte du client poursuivi.

Les compilateurs ont-ils eu raison de généraliser la solution que Papinien donnait pour l'argentarius ?

On pourrait faire une objection. On pourrait dire : toute personne peut payer pour autrui, et, en cas de refus, faire des offres réelles, puis consigner. Or, l'offre de compenser équivaut à l'offre de payer suivie de consignation. Donc un tiers peut offrir de compenser pour autrui comme il pourrait offrir de payer.

Mais d'abord, si l'on peut payer pour autrui, c'est à la condition de payer intégralement, et le créancier est en droit de refuser un paiement partiel. Il faudrait donc au moins que la créance du tiers fût égale à celle du créan-

cier. Mais, même en ce cas, admettre la compensation présenterait des inconvénients. Cette intervention d'un tiers après l'assignation du débiteur est extrêmement suspecte. Cela a tout l'air d'une manœuvre calculée pour gagner du temps. La demande est manifestement fondée, le défendeur n'a rien à y répondre ; faudra-t-il que le juge suspende sa décision jusqu'après la vérification d'une créance prétendue par un tiers ? Ce serait ouvrir la porte toute grande aux plus graves abus.

22. — Il en serait tout autrement, si, dès avant le procès actuel, le défendeur avait acquis, par une cession régulière et définitive, la créance d'un tiers contre le demandeur. Devenu ainsi personnellement créancier de ce demandeur, rien n'empêcherait qu'il ne lui opposât en compensation cette créance ayant appartenu originairement à un tiers, ainsi que nous allons le voir en expliquant le *principium* de notre fragment 18.

« Si le procurator (lisez *cognitor*) constitué *in rem suam* est actionné par le débiteur cédé (l'argentarius), il pourra invoquer la compensation. »

L'un des clients de l'argentarius a cédé à un tiers une créance qu'il avait contre le banquier. Pour réaliser cette cession, il a constitué ce tiers son *cognitor in rem suam* (1), et en cette qualité de *cognitor* le tiers a fait *litis contestatio* avec le banquier.

Mais voilà que le banquier, devenu créancier du cessionnaire, l'actionne à son tour. Devra-t-il retrancher de sa créance ce qu'il devait au cédant ? Oui, car depuis le moment où la litis contestatio a été faite contre lui par le cessionnaire, c'est ce cessionnaire et non plus le cédant qui est créancier du banquier.

(1) Le cessionnaire d'une créance est mandataire *in rem suam*, puisqu'il n'a pas de compte à rendre au mandant, puisque la créance qu'il recouvre lui a été cédée. Il fait donc sa propre affaire *(res sua)*.

Mais pour cela il faut que le *cognitor* ait été constitué *in rem suam*, c'est-à-dire qu'il soit un cessionnaire et non pas un simple mandataire.

En effet, lorsque le *cognitor* n'est qu'un mandataire du créancier, il n'y a aucun transfert de créance ; ce n'est pas le *cognitor*, c'est le titulaire de la créance qui aura l'action *judicati* et pourra par conséquent se faire payer le montant de la condamnation (1).

Si au contraire le *cognitor* a été constitué *in rem suam*, c'est lui qui aura l'action *judicati* (2) ; dans ce cas donc, mais dans ce cas seulement, la créance passe sur sa tête. Et voilà pourquoi Papinien a soin de spécifier qu'il s'agit d'un cognitor *in rem suam*. Le cognitor ordinaire, poursuivi ensuite personnellement, ne pourrait opposer la compensation de ce que l'argentarius doit à son mandant.

Nous avons dit que Papinien avait écrit *cognitor* et non *procurator*.

En effet, s'il s'était agi d'un *procurator*, même constitué *in rem alienam*, même simple mandataire ou gérant d'affaires du titulaire de la créance, à partir de la *litis contestatio* faite par lui contre l'argentarius, il n'en serait pas moins devenu personnellement créancier de ce banquier, par la vertu de la formule Rutilienne. Cette formule, on le sait, met dans l'*intentio* le nom du titulaire de la créance et dans la *condemnatio* le nom du procurator (3). D'ailleurs, en pareil cas l'action *judicati* est donnée, non au titulaire de la créance, mais au procurator (4).

Par conséquent, si Papinien avait écrit *procurator*, il n'aurait pas ajouté : *in rem suam*. C'est ce que fait

(1) Frag. Vat., § 317.
(2) Même texte.
(3) *Si paret N*m *N*m *A*o *A*o *centum dare oportere, judex N*m *N*m *procuratori centum condemna.*
(4) Frag. Vat., §§ 317, 331, 332, 333.

remarquer avec raison Lenel, *Palingenesia*, Papinien, n° 454, note 1. Papinien avait écrit *cognitor*, dit-il : « *procurator enim, etiamsi in rem alienam datus esset, compensatione uteretur* (1). »

Transportée dans le droit de Justinien la solution reste-t-elle exacte ?

Oui, à cela près que la signification de la cession, faite au débiteur cédé, équivaut à la litis contestatio du droit classique (2) et rend le cessionnaire créancier personnel du cédé. A partir de ce moment ce cessionnaire pourra donc opposer en compensation cette créance au débiteur cédé, si ce dernier se trouve créancier du cessionnaire.

23. — C'est ici le lieu d'examiner brièvement comment s'appliquent les principes de la compensation lorsque l'une des parties est représentée par un procurator.

Il y a d'abord deux choses certaines. L'argentarius ne saurait, bien entendu, se soustraire à l'obligation d'agir *cum compensatione* en faisant intenter le procès en son nom par un procurator. D'ailleurs, le procurator emploie la formule Rutilienne, dont l'intentio est rédigée comme si c'était le titulaire de la créance qui agissait (3).

Réciproquement, il est clair que le client de l'argentarius ne perd pas le droit à la compensation, parce qu'il se fait, comme défendeur, représenter par un procurator.

(1) Pour la même raison les compilateurs auraient dû mettre *procurator præsentis* et non pas *procurator* tout court, à la place de *cognitor*, car la solution du texte est vraie pour tout *procurator absentis* et non pas seulement pour le procurator *in rem suam*, comme il le dit. On sait que sous Justinien le *procurator præsentis* correspond au *cognitor* du droit classique, et le *procurator absentis* à l'ancien *procurator*, voyez Frag. Vat., §§ 317, 331, 332, 333.

(2) L. 3, C. *De Nov.*, 8, 42.

(3) D'ailleurs, le procurator est tenu de répondre à toute *mutua petitio* que le défendeur voudrait intenter contre celui au nom de qui le procurator agit, L. 33, §§ 3, 4, D. *De procuratoribus*, 3, 3. Cela s'applique même au procurator in rem suam, *nisi ex necessitate fuerit factus*, § 5 eodem. Voyez aussi L. 70, eodem.

Ces solutions restent vraies *a fortiori* lorsque l'une ou l'autre des parties plaide par un cognitor.

Mais, je me demande maintenant si un argentarius, réclamant en qualité de mandataire, *procuratorio nomine* ou *cognitorio nomine*, une créance appartenant à un tiers (1), devrait se servir de la formule *cum compensatione ?*

S'il agit en qualité de cognitor et s'il n'est pas cognitor *in rem suam*, je ne le crois pas, car alors la créance qu'il réclame ne se fixe jamais sur sa tête : c'est le mandant qui seul peut intenter l'action *judicati* et se faire payer le montant de la condamnation.

Mais la question devient plus délicate lorsque l'argentarius est un *cognitor in rem suam*, un véritable cessionnaire. Alors, en effet, c'est lui qui pourra faire exécuter la sentence (2).

Que s'il agit *procuratorio nomine*, il importe peu qu'il soit cessionnaire ou non. Dans tous les cas, en effet, c'est à son profit personnel que la condamnation est prononcée.

J'inclinerais à penser que dans ces deux derniers cas l'argentarius est forcé d'agir cum *compensatione*. Sans doute, la *compensatio* se fait dans l'*intentio*, or l'*intentio* de la formule est conçue au nom du titulaire de la créance et non pas au nom de son cognitor ou de son procurator (3). Mais rien n'empêche d'y mettre « *amplius quam procurator N° N° debet.* »

Le procurator ou le cognitor *in rem suam*, après avoir fait litiscontestation avec le débiteur, s'ils sont actionnés par ce débiteur, qui se trouve être personnellement leur créancier, peuvent bien lui opposer en compensation la

(1) S'agissant bien entendu d'une *condictio certi* portant sur de l'argent ou des denrées.

(2) Frag. Vat., § 317.

(3) Gaius, IV, § 35.

créance qu'ils ont mandat de recouvrer (1). Par une juste réciprocité, le débiteur qu'ils poursuivent et qui devra s'acquitter entre leurs mains, ne doit-il pas être autorisé à leur opposer en compensation la dette dont ils sont personnellement redevables envers lui ?

J'inclinerais à le croire, et généralisant la solution, je l'appliquerais, dans le dernier état du droit romain, au cas où le débiteur est actionné par un *procurator absentis*, ou même par un *procurator præsentis* (assimilé au *cognitor* de l'ancien droit) si du moins ce procurator præsentis a été constitué *in rem suam*. Le débiteur pourra alors leur opposer en compensation les créances qu'il peut avoir contre eux personnellement (2).

(1) L. 18 pr. D. h. t.

(2) La L. 23, D. h. t., donne une solution différente en ce qui concerne le tuteur réclamant une créance de son pupille :

Paulus libro nono responsorum : *Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem obici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine adversario debet.*

« Si le tuteur réclame une créance appartenant à ses pupilles, on ne peut lui opposer en compensation une dette dont il est tenu en son nom personnel envers son adversaire. »

Mais on comprend fort bien que le tuteur, qui remplit son devoir en poursuivant les débiteurs de son pupille, soit traité plus favorablement qu'un procurator ou un cessionnaire de créance. Il y a mieux : les intérêts du pupille seraient sacrifiés s'il en était autrement; la créance du pupille servirait à payer les dettes du tuteur, ce qui ne doit pas être. Le tuteur doit donc pouvoir toucher ce qui est dû au pupille, et en faire des placements au nom de ce pupille. Que si ensuite il ne peut payer sa propre dette, c'est son créancier et non le pupille qui souffrira de son insolvabilité, ce qui est juste.

Le soin que prend Paul de nous signaler cette solution, en ce qui touche le tuteur, peut même fournir un argument *a contrario* pour justifier les solutions contraires que nous avons données pour le cas ou c'est un *cognitor in rem suam*, ou un *procurator* qui agit.

Dans le cas du tuteur agissant pour le compte de son pupille, il n'y a pas réciprocité de créances. Cette réciprocité n'existe pas non plus, par suite d'une fiction légale, d'un privilège spécial, lorsqu'un militaire a institué deux héritiers, l'un pour ses *bona castrensia*, l'autre pour le surplus de son patrimoine. Dans ce cas il y a deux hérédités distinctes, comme s'il y avait eu deux testateurs : L. 17, § 1, D. *De testa-*

Quant aux créances contre le cédant, le cédé ne peut les opposer en compensation que si elles sont nées antérieurement à la litis contestatio faite contre lui par le cessionnaire, ou antérieurement à la signification de la cession au cédé. On sait que cette signification (certioration) a été assimilée par des constitutions impériales à la litis contestatio, et qu'elle a pour effet de transporter la créance du cédant sur la tête du cessionnaire (1).

24. — Voici encore un texte qui se réfère manifestement à la *compensatio* de l'argentarius :

L. 22, D. h. t.

Scævola libro secundo quæstionum : *Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset utrum voluisset.*

« Si vous devez dix ou un esclave, au choix de votre adversaire, cette dette sera admise en compensation à la

mento militis, 29, 1 : *Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi, ut etiam in æs alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto ære alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset.* Ces prémisses posées, la solution de la L. 16 pr. D. h. t. en découle naturellement. Il y a deux actifs et deux passifs distincts; si l'héritier des *bona castrensia* poursuit un débiteur de cette partie du patrimoine, ce débiteur ne pourra lui opposer en compensation ce qui peut lui être dû par l'héritier des autres biens, car il n'est pas créancier de cet héritier-là. Sans doute le militaire de son vivant aurait dû subir la compensation, parce qu'il pouvait être actionné aussi bien par les créanciers auxquels il s'était obligé dans les camps que par les autres, et il y a quelque chose qui choque au premier abord de voir le créancier perdre son droit à la compensation par suite du testament, c'est-à-dire en définitive par le fait de son débiteur. Mais on ne saurait donner une autre solution sans détruire le privilège d'avoir plusieurs successions que l'on a cru devoir accorder aux militaires. Notamment, l'héritier des *bona castrensia*, souvent un compagnon d'armes, doit être délivré de tout souci quant à la portion civile du patrimoine du testateur. Il y a là une utilité pratique; la faveur dont jouissent les militaires a fait sacrifier à cette utilité l'intérêt des créanciers.

(1) L. 3, C. *De nov.*, 8, 42.

condition que l'adversaire déclare publiquement son choix. »

A prendre le texte tel qu'il est actuellement, il signifierait ceci :

Un individu, débiteur d'un esclave ou de dix sous d'or, au choix de son créancier, devient créancier de ce créancier et le poursuit. Le défendeur peut opposer en compensation sa créance alternative, *mais à la condition de fixer son choix !*

Evidemment ! Mais l'on ne saurait croire un seul instant que Scævola, le maître de Paul, l'un des plus grands jurisconsultes de Rome, ait écrit de pareilles puérilités.

Puis, il n'a pu écrire *palam dixisset*, comme le remarque avec raison Eisele (1). Ce *palam* serait ridicule; il est clair qu'un choix fait *in petto* par le créancier ne pourrait avoir aucun effet juridique ; c'est donc énoncer une vérité par trop évidente que de dire : le choix doit être *exprimé*. D'ailleurs, qu'il soit exprimé publiquement ou non, peu importe ; ce qui importe, c'est qu'il soit notifié au créancier.

Il est extrêmement probable, comme l'a conjecturé Eisele, que Scævola avait écrit : « *in jure dixisset* » et que les compilateurs ont mis *palam* à la place de *in jure*, qui ne convenait plus depuis l'abolition de la procédure formulaire et par conséquent de la distinction entre le *jus* et le *judicium*.

(1) P. 321 note 48. D'ailleurs Eisele donne au texte une explication inadmissible. Il suppose que c'est le créancier de la dette alternative qui a agi et à qui la compensation va être opposée. Mais le texte parle de la compensation de cette dette *(compensatio hujus debiti)*, et non pas de la compensation à opposer à cette dette. Puis, comment le créancier d'une créance alternative pourrait-il en poursuivre le paiement sans déterminer l'objet de son choix ? Il fait nécessairement ce choix dans l'intentio de la formule, *quum judicium dictet*, L. 112, pr. D. *De V. O.* 45,1, par conséquent il ne peut s'agir que d'un choix à faire par le défendeur.

Eisele suppose, bien que le texte ne le dise pas, que le créancier de la dette alternative s'est décidé pour l'argent.

C'est ce qu'indiquait en effet le texte, dont l'altération se trahit non seulement par la puérilité du fond, mais par l'incorrection de la forme : il faudrait en tout cas : *utrum vellet*, et non pas : *voluisset ;* ce plus-que-parfait ne s'explique point.

Le texte se rapportait originairement à l'argentarius débiteur d'une dette alternative ; il ne sera obligé de faire la compensation que si son adversaire lui déclare *in jure*, avant la rédaction de la formule, qu'il opte pour l'argent.

Scævola avait écrit :

Si ARGENTARIUS *debeat decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius* IN JURE *dixisset* PECUNIAM VELLE.

L'argentarius, en effet, n'est tenu de faire la compensation que *ex pari specie*. Créancier d'une somme d'argent, il ne doit déduire de sa demande que les dettes d'argent. Si donc le défendeur a une créance alternative portant à son choix sur un esclave ou de l'argent, il faut qu'avant la formule délivrée il manifeste son intention de choisir l'argent, pour que l'argentarius modifie en conséquence le chiffre de sa demande.

Comme du temps de Justinien, la compensation se confond avec la *mutua petitio*, il n'y a pas de raison d'empêcher le défendeur d'opposer sa créance en compensation, quel que soit son objet, même si c'est un esclave. Dès lors les compilateurs, qui n'ont d'ailleurs rien compris au texte — cela leur arrive quelquefois — ont remplacé *pecuniam velle* par *utrum voluisset ;* l'incorrection de ce temps s'explique du reste par l'attraction de *dixisset* qui précède ; ils ont cru bien faire en mettant le second verbe, comme le premier, au plus-que-parfait du subjonctif.

C'est encore là une généralisation d'une solution spéciale à l'argentarius : au lieu de *argentarius debeat*, les acolytes de Tribonien ont mis : *si debeas*, comme dans la L. 4, à la place de : *sicut enim cum argentarius totum petit a reo, male petit*, ils ont mis : *cum totum peto a reo, male peto*. Ce moyen de généraliser, qui consiste à mettre la première ou la seconde personne, autrement dit une personne quelconque, à la place d'un individu déterminé formant le sujet d'un verbe à la troisième personne, est un procédé assez fréquent. Nous croyons qu'il a été employé également par ceux qui ont retouché le fameux passage des Sentences de Paul (1) dont il nous resterait à parler maintenant, car il se référerait aussi à la *compensatio* de l'argentarius. Mais comme nous aurons à le commenter longuement plus tard (2) il convient, pour éviter des redites, de renvoyer son examen jusqu'au moment où nous traiterons du rescrit de Marc-Aurèle (3).

Section II. — La formule cum deductione du bonorum emptor.

25. Le *bonorum emptor* poursuit les débiteurs du failli au moyen de la formule Rutilienne ou de la formule Servienne, dont la *condemnatio* enjoint au juge de déduire les créances reconventionnelles du défendeur, même non échues, ou ne portant pas sur des choses fongibles de la même espèce; Gaius, IV, §§ 65, 66, 67, 68. Différences avec la *compensatio* de l'argentarius. — **26.** *Quid* de la consommation des créances réciproques? Si le débiteur du failli est créancier d'une somme plus forte, il a intérêt à ne réclamer au *bonorum emptor* que la différence (ou plus exactement un dividende de

(1) Paul, Sent. II, 5, § 3.

(2) Voyez plus loin chapitre v, § 13.

(3) Il existe au Digeste deux autres textes se référant, selon toute vraisemblance, à la *compensatio* de l'argentarius. C'est la loi 30, D. *De condictione indebiti*, 12,6, et la L. 10, D. *De duobus reis*, 45,2 ; nous les commenterons plus bas, § 40.

cette différence) et à garder une créance égale à celle du failli, ce qui le met à l'abri des poursuites du *bonorum emptor*. — **27**. Il est improbable que l'action *cum deductione* ait été appliquée en dehors du cas de faillite. — **28**. Le *bonorum emptor* subissait déduction de la créance intégrale du défendeur, et non pas seulement d'un dividende de cette créance. Controverse. Discussion. — **29**. Explication de l'espèce de privilège ainsi accordé au créancier qui est en même temps débiteur du failli. — **30**. En France la compensation en faillite est unanimement repoussée; on veut l'égalité devant le dividende. — **31**. Cas dans lesquels la jurisprudence française tend à faire fléchir ce principe et à se rapprocher de l'idée romaine. — **32**. Les législations étrangères, surtout les germaniques, admettent au contraire la compensation en faillite, et même plus facilement qu'en matière non commerciale, suivant en cela les traditions romaines et celles des républiques italiennes au moyen âge. — **33**. Traces de l'action *cum deductione* dans les sources. Détermination de la place de l'action Rutilienne et de l'action Servienne dans les commentaires sur l'édit. — **34**. L. 10, D. h. t. Explication du § 3. Rappel des principes relatifs aux stipulations prétoriennes. — **35**. Suite. Suivant Eisele les stipulations prétoriennes contenaient une clause de *compensatio*; le créancier devait agir *cum compensatione*. Réfutation. — **36**. Suite. Réfutation des systèmes d'après lesquels les stipulations prétoriennes auraient *toujours* contenu une clause de *deductio*, quel que fût le stipulant. — **37**. Suite. La *clausula doli* ou l'expression *ex bona fide* que renfermaient probablement ces stipulations, n'y justifie point du tout l'admission de la compensation. — **38**. Suite. Véritable explication : Le bonorum emptor devait agir cum deductione, *même lorsqu'il intentait l'action découlant d'une stipulation prétorienne qu'il avait faite lui-même*, mais qui concernait le patrimoine du failli. Dans ce cas on insérait d'habitude une clause de *deductio* dans la stipulation elle-même. — **38 *bis***, La L. 13, D. h. t., se référait aussi probablement au cas où la *deductio* d'une créance déterminée avait été insérée dans une stipulation prétorienne. — **39**. Explication de la L. 10, § 1, h. t. et de la L. 30, D. 12, 6. *Condictio indebiti* accordée à celui qui paie pouvant compenser. Cette solution soulève une objection capitale. On n'a en principe aucun intérêt à intenter la *condictio indebiti*, sauf dans les cas tout à fait exceptionnels où l'on n'aurait pas d'action pour réclamer sa créance. — **40**. Ulpien ne pouvait penser à ces cas exceptionnels en écrivant la L. 30, D. 12, 6. Dans ce texte, comme dans la L. 10, § 1, h. t., il s'agissait d'un débiteur du failli qui a eu l'imprudence de payer sa dette au bonorum emptor, et qui se voit réduit à ne toucher qu'un dividende de sa créance, tandis qu'il l'aurait recouvrée intégralement en opposant la *deductio* au bonorum emptor. — **41**. Anciennes explications de la *condictio indebiti* donnée à celui qui a payé pouvant compenser. Système de la compensation légale. Système d'après lequel la coexistence des deux dettes les affecte d'une exception. Réfutation. — **42**. Système d'Eisele : la *condictio indebiti* s'explique ici parce que cette action est accordée non seulement à celui qui est muni actuellement et certainement d'une exception perpétuelle, mais encore à celui qui *peut éventuellement* en avoir une. C'est le cas du débiteur qui peut, *s'il le veut*, compenser. L. 56, D. 12, 6. — **43**. Réfutation. Analogie entre le débiteur qui néglige par erreur d'opposer la compensation, et le débiteur qui jouit d'une *facultas solutionis*, et qui n'en use pas, ignorant qu'il a entre les mains l'objet *in facultate solutionis*. Toutefois, lorsqu'il s'agit de la compensation *ex eadem causa*, on peut justifier la *condictio indebiti* dans le cas où le débiteur n'a pas d'action pour réclamer sa créance. Réciproquement, celui qui, ignorant sa dette, a reçu paiement alors qu'il aurait eu plutôt intérêt à compenser, peut-il en rendant ce qu'il a reçu invoquer

la compensation? — 44. Explication du § 2 de la L. 10, D. h. t. — 45. L. 10 pr. D. h. t. Renvoi plus haut. — 46. L. 12. D. Il y était probablement question de la deductio, dont le principe aurait été étendu au cas de *bonorum sectio*. — 47. Dans la L. 28 D. *Pro socio*, 17, 2, il s'agissait aussi de *deductio*. — 48. De même pour la L. 45, D. *Ad legem Falcidiam*, 35, 2. — L. 15, D. *Ratam rem*, 46, 8. — 49. Ces traces montrent que l'action *cum deductione* et l'action *cum compensatione* subsistaient encore longtemps après Marc-Aurèle. — Transition au chapitre suivant.

25. — Le *bonorum emptor* est celui qui achète en masse le patrimoine du failli, moyennant un dividende qu'il s'oblige à payer à chacun des créanciers. Par exemple, Asconius *ad Milon.* nous dit que les biens de Milon se vendirent pour un dividende d'un vingt-quatrième, soit 4 1/6 pour 100 (1). Le Préteur attribue au *bonorum emptor* les actions du failli au moyen de la formule Rutilienne s'il s'agit des biens d'un vivant : on sait qu'alors on met dans l'*intentio* le nom du failli et dans la *condemnatio* celui du *bonorum emptor*, au profit duquel la condamnation est ainsi prononcée (2). Si la *venditio bonorum* a lieu après la mort du *defraudator*, l'acheteur du patrimoine est censé son héritier, il exerce ses actions par la formule Servienne, *ficto se herede* (3).

Qu'il agisse par la formule Rutilienne ou la formule Servienne, le bonorum emptor est toujours forcé de subir la *deductio*, c'est-à-dire que le juge reçoit toujours la mission de déduire de la condamnation à prononcer au profit du bonorum emptor les créances que le défendeur pouvait avoir contre le failli ; Gaius, IV, § 65 :

Item bonorum emptor cum deductione agere jubetur, id est ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.

(1) *Bona ejus propter æris alieni magnitudinem semuncia venierant.*
(2) Gaius, IV, § 35.
(3) Gaius, *eod.*

« De même, le bonorum emptor est forcé d'agir *cum deductione*, c'est-à-dire de façon à ce que son adversaire ne soit condamné que déduction faite de ce que le bonorum emptor lui doit au nom du failli. »

Cette exigence, comme celle relative à l'argentarius, est certainement l'œuvre du Préteur. On en comprend aisément le motif. Le *bonorum emptor* personnellement ne doit les dettes du failli que jusqu'à concurrence du dividende par lui promis. Il peut au contraire recouvrer intégralement les créances. Cela blesse l'équité lorsque la même personne est à la fois débitrice et créancière du failli. Quoi ! on la forcerait à payer intégralement sa dette, et elle ne pourrait toucher qu'un dividende de sa créance ! On voulut donc que le débiteur du failli, actionné par le bonorum emptor, pût lui opposer en compensation sa créance contre le failli, jusqu'à concurrence du montant intégral de cette créance (1).

Comment procéda-t-on pour réaliser cette idée d'équité ? Deux principes ont dû ici guider le Préteur.

En premier lieu, la faillite est de sa nature une liquidation générale ; par conséquent, il faut tenir compte non seulement des créances exigibles, mais encore de celles qui ne sont pas échues.

Dans le même ordre d'idées, il faut remarquer qu'il importe peu que les créances opposées portent ou non sur des objets similaires, car la raison d'équité qui milite ici en faveur de la compensation se présente dans tous les cas. Mais alors, pour lui donner satisfaction, pour rendre la compensation possible, il faudra commencer par estimer en argent les deux créances, puis opérer la soustraction.

(1) On a contesté que le bonorum emptor dût subir intégralement la déduction; mais nous verrons que c'est sans le moindre fondement. Nous tiendrons donc provisoirement pour certaine l'idée de la déduction intégrale.

Gaius, IV, § 66 et 67, nous montre qu'on a tenu compte de ce premier ordre d'idées :

§ *66... in deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis. Itaque si pecuniam petat bonorum emptor, et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur.* — § *67. Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur.*

« Dans la *deductio* au contraire (à la différence de ce qui a lieu dans la *compensatio* de l'argentarius) on fait entrer en ligne de compte les dettes d'objets non similaires. Si donc le bonorum emptor réclame de l'argent, étant débiteur de blé ou de vin, déduction étant faite de la valeur de cette créance, il obtiendra condamnation au surplus. — § 67. De plus, on déduit même les créances non échues... »

La seconde idée est celle-ci : la raison d'équité invoquée plus haut milite tout aussi bien dans le cas où la créance du failli, peut-être même les deux créances ont pour objet un *incertum* que lorsqu'elles ont pour objet un *certum*, tandis que l'action de l'argentarius suppose nécessairement que les deux créances ont pour objet un *certum*. Donc, à ce point de vue, la formule devra être différente de celle de l'argentarius.

Supposons même que les deux créances aient pour objet un *certum*, devra-t-on obliger le bonorum emptor à user de la formule de l'argentarius et à réclamer une somme fixe comme *amplius ?* Non. En effet, il n'est pas équitable de l'exposer au danger d'une erreur qu'il ne lui sera guère possible d'éviter, car il prend en main l'administration d'un patrimoine qui lui est complètement étranger et qui généralement se trouvera dans le plus grand désordre. Comment pourrait-on exiger de lui qu'il ne commît aucune erreur sur le montant de la créance qu'il réclame, et à plus forte raison dans l'estimation de celle qui lui

est opposée ? C'est pourtant ce qu'il faut faire quand on se sert de la formule de l'argentarius.

Gaius, IV, § 68 :

... *Deductio autem ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.*

« La *deductio*, au contraire, se place dans la *condemnatio*, partie de la formule où il n'y a pas de péril à exagérer sa demande, surtout quand c'est un bonorum emptor qui agit ; pour lui, pas de *plus petitio* possible, car alors même qu'il réclame une somme d'argent déterminée, la *condemnatio* de sa formule reste *incerta*.

Nous avons vu que le juge est investi du pouvoir d'admettre en compensatio des créances portant sur des objets de nature différente, des créances non échues, etc.

Le juge reçoit donc ici la mission d'estimer, non seulement la créance principale, mais encore la créance reconventionnelle ; aussi Gaius nous dit-il au § 66 *in fine : « deducto quanti id erit »*, déduction faite de la valeur estimative de la créance reconventionnelle.

Quid si la créance du bonorum emptor est sanctionnée par une action de bonne foi ?

Alors, si la créance reconventionnelle naît *ex eadem causa*, le juge n'a pas besoin des pouvoirs spéciaux que lui confère la formule *cum deductione ;* les pouvoirs généraux que lui donne la formule ordinaire de l'action de bonne foi lui suffisent (1).

Quel était le moyen de contrainte employé pour obliger le bonorum emptor à user de cette formule ?

Le bonorum emptor, pour pouvoir poursuivre les débiteurs du failli, est obligé de demander au Préteur des

(1) Voyez plus bas l'explication de la L. 10, pr. D. h. t.

formules spéciales, la formule Rutilienne ou la formule Servienne, ainsi que nous l'avons vu. Or, ces formules contiennent toujours une clause de deductio.

A l'égard des créances qu'il a acquises en son nom personnel, le bonorum emptor n'a pas besoin de ces formules spéciales. Il se trouve donc dans la situation de tout le monde, et, du temps de Gaius, il n'a pas à redouter la compensation, si l'action qu'il intente est de droit strict (1).

26. — *Quid* de la consommation des créances ?

Quant à la créance du *defraudator*, il est clair qu'elle est tout entière déduite *in judicium*.

Mais *quid* de la créance reconventionnelle ? D'abord la formule indiquait-elle quelles créances reconventionnelles étaient soumises à l'examen du juge?

Nous le croyons. Gaius IV, § 66, in fine dit : « *deducto quanti id erit* », ce qui implique l'énonciation préalable de la créance à estimer.

Eh bien ! si après avoir fait déduire cette créance de sa dette, l'adversaire du bonorum emptor venait la réclamer par voie d'action (2), il se heurterait, sans doute, à l'exception de dol. Si le juge s'est refusé à faire la déduction, parce qu'il a jugé inexistante la créance du défendeur, ce dernier, s'il la réclamait plus tard, se verrait opposer l'exception *rei judicatæ* (3).

Si une personne a contre le failli une créance supérieure à sa dette, il est clair que le bonorum emptor se gardera de l'actionner, car il ne pourrait obtenir aucune condamnation.

(1) Nous verrons plus loin, en expliquant la L. 10, § 3, D. h. t. (§ 34 *infra)*, un cas où le bonorum emptor est obligé d'agir *cum deductione*, bien qu'il réclame, en apparence du moins, une créance née en sa personne et non en celle du failli.

(2) En supposant que les créanciers puissent actionner directement le bonorum emptor ; voyez plus bas la note de la page 162.

(3) Arg. L. 7, § 1, D. h. t.

Que si elle actionne le bonorum emptor, il se produit un inconvénient. Supposons, par exemple, que cette personne débitrice de 100 fût créancière de 200, et que le bonorum emptor n'ait promis que 25 pour 100 de dividende. Si cette personne poursuivait le bonorum emptor, elle épuiserait son droit pour n'obtenir que 50 (25 pour 100 de 200), et resterait débitrice de sa dette de 100, qu'elle serait forcée de verser au bonorum emptor; résultat: une perte sèche de 50; elle a donc intérêt à ne pas bouger. Elle y aurait le même intérêt tant qu'elle ne serait pas créancière de plus de 400. Tout cela n'est pas juste, comment en sortir?

D'une façon bien simple. La personne débitrice de 100, créancière de 200, restreindra à 100 son action contre le bonorum emptor, et obtiendra ainsi un dividende de 25. Elle n'a pas à craindre d'être poursuivie par le bonorum emptor en paiement de sa dette de 100, puisqu'elle garde une créance de 100 pour la contre-balancer (1).

(1) Nous avons supposé, dans le raisonnement présenté au texte, qu'un créancier chirographaire pouvait actionner directement le bonorum emptor, faire ainsi reconnaître sa créance et se faire payer directement par le bonorum emptor le dividende promis par ce dernier. A l'appui de cette idée on peut invoquer Théophile, III, 12, pr. Il dit positivement que toutes les actions possibles contre le defraudator étaient données *utiliter* contre le *bonorum emptor*. Sans nous faire d'illusion sur la valeur plus que médiocre du témoignage de Théophile, il semble corroboré par ce qu'on a pu lire de Gaius, III, § 81, passage malheureusement fort mutilé.

Mais on peut soutenir aussi que les créanciers n'avaient pas d'action contre le bonorum emptor, qui ne devait avoir affaire qu'au *magister*, et qui s'acquittait en payant, aux mains de ce dernier, le dividende promis. Pas de difficulté à cet égard, si l'on admet avec M. Accarias (t. I, p. 1319, note 1, et p. 1320) que ce dividende s'appliquait au chiffre des créances *connues* lors de la vente. En supposant, par exemple, que le tableau des créances, dressé par le *curator* ou le *magister bonorum* qui lui succède, fasse ressortir un passif de 80.000 sesterces, promettre *semis* (50 o/o) c'est pour le bonorum emptor s'engager à payer 40.000 sesterces au *magister* bonorum, rien de plus. C'est alors au *magister* à répartir cette somme entre les créanciers, en commençant par payer intégralement les créanciers hypothécaires (qui autrement

27. — La formule *cum deductione* a-t-elle été appliquée en dehors de la faillite?

Nous verrons plus tard que, d'après certains auteurs, le rescrit de Marc-Aurèle aurait eu pour résultat de forcer le demandeur, par le moyen de l'exception de dol, à prendre cette formule. Nous pouvons dès à présent montrer combien cela est improbable. En effet, cette formule fait déduire tout ce que le demandeur *doit* au défendeur, et cette expression *(debet)* comprend même les créances non échues, car, par exemple, le paiement fait par erreur avant l'échéance n'est pas un paiement *indu*, il y a *debitum : præsens obligatio est* (1). Or,

évinceraient l'*emptor)*, puis les créanciers privilégiés, et en divisant le surplus au marc le franc entre les créanciers chirographaires. Je dois dire que cette manière de procéder me paraît plus pratique que l'autre.

Dans l'autre système la liquidation devient fort compliquée. Il faudrait donc que le bonorum emptor payât intégralement les créanciers hypothécaires et privilégiés, et aux autres le dividende promis. Il ne pourrait se rendre un compte exact de ce qu'il aurait à payer. Les affaires de ce genre présentent déjà bien assez d'aléa dans l'évaluation de la chose achetée, c'est-à-dire de l'actif recouvrable, sans laisser encore planer de l'incertitude sur le prix à payer. Non! le bonorum emptor devait acheter pour un prix *ferme*, quand les Romains parlent d'un dividende, ils entendent un dividende calculé sur le passif tel qu'il est établi au jour de la vente; ce sera le plus souvent le passif réel. M. Accarias appuie cette doctrine sur la L. 22, § 10, D. *Mandati*, 17,1, en admettant que les compilateurs ont, dans ce texte, substitué le mot *curator* au mot *magister*. On sait que la *venditio bonorum* a été remplacée sous Justinien par la *distractio bonorum* qui se fait par un *curator* et non plus par un *magister*. Je pencherais donc à croire que, si le *bonorum emptor* peut théoriquement être actionné par tous ceux qui avaient action contre le défunt, il se soustrait à toute poursuite des créanciers chirographaires en prouvant qu'il a exécuté les clauses de la vente passée avec le magister. Il opposerait l'exception *pacti conventi*.

Mais, quelqu'opinion qu'on adopte à ce sujet, cela ne change en rien la solution donnée au texte. Admettons que les créanciers du failli ne puissent poursuivre directement le bonorum emptor. Le créancier de 200, débiteur de 100, aura soin de ne produire à la faillite que pour 100, de ne toucher de dividende que sur cette somme, de façon à garder la moitié de sa créance pour l'opposer en compensation au bonorum emptor lorsque celui-ci viendra lui réclamer les 100 dus au failli.

(1) L. 46, D. de *V. O.*, 45,1.

comme en dehors de la faillite il ne saurait être question d'opposer en compensation des créances non échues, on voit qu'il aurait fallu modifier la formule, car, telle qu'elle est, elle ne saurait être étendue à des hypothèses autres que celle pour laquelle elle a été faite.

28. — Dans les développements qui précèdent nous avons toujours supposé que le bonorum emptor était forcé de déduire l'intégralité de la créance opposée.

Cependant ce point est controversé, mais comme cette controverse nécessitait d'assez longs développements, nous avons pensé qu'il valait mieux ne pas interrompre l'exposé de la matière, et nous l'avons réservée jusqu'à présent.

M. Accarias, contrairement à l'opinion que nous avons adoptée (1), soutient que le *bonorum emptor* déduisait seulement le dividende qu'il avait promis. Cette doctrine doit être abandonnée. En effet :

1° Elle cadre assez mal avec le texte de Gaius, d'après qui le bonorum emptor doit déduire : « *id quod defraudatoris nomine debet* », ce qu'il doit comme tenant le lieu du failli, et non pas le dividende par lui promis, car ce dividende, ce prix de vente, le bonorum emptor le doit personnellement, comme acheteur, et non comme continuateur de la personne du failli, *defraudatoris nomine.*

2° Mais la raison décisive, c'est que, si l'on se bornait à déduire le dividende, il serait impossible d'expliquer pourquoi on a admis la compensation dans ce cas. Est-ce une explication sérieuse que de dire : « La personne qui était à la fois débitrice et créancière du defraudator reste tenue de sa dette entière et perd une partie de sa créance ; *à titre de dédommagement on veut lui éviter la peine d'intenter une action* » (2) !

(1) Accarias, 4e édition, t. I, p. 1319, note 2, et t. II, p. 1103, note 2. Dans le même sens voyez Pilette, *Revue historique de droit*, 1861, p. 18.

(2) Accarias, 4e édition, t. II, p. 1103, note 1.

Mais d'abord ce dédommagement serait dérisoire. Quelle peine peut avoir le créancier-débiteur à intenter une action contre le *bonorum emptor*, alors que, ce dernier l'ayant actionné, ils se trouvent tous les deux devant le magistrat ; notre créancier n'a qu'à lever la main, qu'à ouvrir la bouche pour demander une formule d'action contre le *bonorum emptor*. Et le Préteur aurait inventé une formule spéciale pour lui éviter cette peine!

Il y a mieux encore. L'auteur cité admet lui-même (1) que « les poursuites dirigées par les créanciers contre le bonorum emptor étaient sans doute fort rares. Car il ne devait que son prix de vente, et en principe c'est au *magister* qu'incombait la mission de le lui demander au nom de la masse des créanciers ».

Si le créancier ne peut même pas actionner le bonorum emptor, si son droit se réduit à demander au *magister bonorum* sa part dans le prix versé par l'emptor, alors on lui évite la peine (et quelle peine!) d'intenter une action... qu'il ne peut d'ailleurs pas intenter!

Cela n'est pas sérieux, cela n'est pas soutenable; c'est en France seulement d'ailleurs que cette idée a été enseignée, et cela par l'effet d'une idée préconçue, d'un préjugé juridique dû à un principe de notre droit commercial qui n'est pas admis ailleurs, et que nous avons transporté, bien à tort, dans le droit romain.

Lorsque les deux parties sont solvables, le système du droit romain, qui repousse en général la compensation dans les actions de droit strict, n'a qu'un inconvénient médiocre, et le créancier obligé de payer d'abord sa dette ne subit qu'un retard. Mais ce système devient désastreux en cas de faillite, parce qu'alors, si on commence par payer sa dette, on ne touche plus qu'un dividende de sa

(1) T. I, p. 1319, note 1.

créance. Or, quand on voit la législation romaine admettre, *par exception*, la compensation en cas de faillite, on doit nécessairement en conclure que c'est précisément pour éviter le grave inconvénient qui se produit en ce cas.

Enfin, si l'utilité de cette *deductio* se réduisait à cet infiniment petit d'éviter au défendeur la peine d'intenter une action, elle aurait dû disparaître complètement depuis que la compensation a été admise dans toutes les actions de droit strict, comme cela avait lieu certainement au temps d'Ulpien et de Paul. M. Accarias (t. II, p. 1103, note 2 *in fine)* ajoute en ce sens. « Au surplus, j'estime que le rescrit de Marc-Aurèle fit disparaître l'utilité de cette *deductio.* » Or, comme on trouve dans les écrits d'Ulpien et de Paul des traces certaines de cette *deductio* et de ses effets spéciaux, comme certains d'entre eux (L. 10, § 1, D. h. t.) ne peuvent même s'expliquer que par la déduction intégrale de la créance reconventionnelle, il en résulte une nouvelle preuve à l'appui du système que nous adoptons.

Cependant on a fait valoir une objection spécieuse : si on admet le défendeur à opposer en compensation la totalité de sa créance, on forcera le bonorum emptor à payer indirectement plus que son prix.

Mais il n'est pas difficile d'y répondre.

Le fait de rencontrer un débiteur du failli qui se trouve en même temps son créancier est un de ces mille aléas inséparables de l'acquisition d'un patrimoine entier. Le bonorum emptor peut trouver les débiteurs du failli insolvables ; il peut les trouver aussi en mesure d'opposer la compensation ; dans les deux cas sa créance sera irrécouvrable ; il doit s'attendre à ces choses-là, ce sont les mauvaises chances du métier.

Mais j'ajoute immédiatement que, du côté de la compensation, il n'est pas exposé à des surprises.

Puisqu'il était d'usage à Rome que le prix d'achat fût

indiqué sous la forme d'un dividende à payer aux créanciers du failli, il fallait donc que la liste de ces créanciers et le chiffre de leurs créances eussent été établis par le *curator* ou le *magister bonorum*. Quant aux créances du failli, elles étaient naturellement indiquées, ainsi que le reste de ses biens, dans le cahier des charges; les créanciers avaient intérêt à ce que la liste fût aussi complète que possible pour faire monter le prix de vente. Le bonorum emptor, ayant ainsi la liste des créanciers et celle des débiteurs du failli, pouvait se rendre compte aisément des noms qui étaient communs aux deux listes, et par conséquent des compensations auxquelles il était exposé. Il établissait ses offres en conséquence.

L'objection n'est donc pas fondée.

Faut-il en prévoir une autre que personne, je crois, n'a d'ailleurs jamais songé à élever ? On serait peut-être tenté de dire : « N'y a-t-il pas à craindre de voir les créanciers du failli céder leurs créances à ses débiteurs? Ces débiteurs, actionnés par le bonorum emptor, lui opposeraient alors en compensation, et pour le tout dans notre système, les créances qu'ils se seraient fait céder, en sorte que le bonorum emptor ne pourrait plus recouvrer les créances sur lesquelles il devait compter ?

Réponse : on ne peut, sauf des exceptions limitativement déterminées (le cas du fidéjusseur par exemple), opposer à son créancier la créance appartenant à un tiers, même du consentement de celui-ci, même s'il vous avait cédé cette créance (L. 18, § 1, D. h. t.), à moins que la cession n'ait été réalisée par la *litis contestatio* faite par le cessionnaire contre le cédé, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus.

Par conséquent, le débiteur du failli qui se serait fait céder des créances contre ce failli, ne pourrait opposer ces créances au bonorum emptor, sauf dans le cas où ce

cessionnaire aurait déjà fait litis contestatio contre le failli. Depuis la *missio in possessionem* en effet, les poursuites individuelles, désormais inutiles, sont sans doute interdites (1).

29. — Somme toute, la déduction intégrale des créances du défendeur contre le failli aboutit à créer à son profit une sorte de privilège. Il se trouve dans la situation d'un créancier gagiste. Pour sûreté de sa créance, il a sa dette qu'il peut retenir jusqu'à due concurrence.

Dira-t-on que ce droit de préférence n'est pas rationnel, qu'il n'a pas de fondement juridique, parce qu'il résulte du hasard. On a critiqué à ce point de vue la loi allemande (2).

« C'est une chance inespérée pour un créancier, dans une faillite allemande, que de s'être constitué par ailleurs débiteur du failli ; il échappe aux suites de la déconfiture pour lui avoir emprunté des fonds, tandis qu'il n'y échapperait pas, s'il avait emprunté à un tiers. L'équité se récrie, et à bon droit. »

Il peut arriver en effet, qu'il en soit ainsi, mais souvent aussi le créancier du failli aura contracté en vue de cette compensation, aura compté sur elle, elle sera donc équitable. De deux choses l'une, en effet :

1° Ou bien il était débiteur du failli avant de devenir

(1) Argument L. 25, §. 7, D. *Quæ in fraudem*, 42, 8. — Les législations germaniques, qui admettent la compensation en faillite, ne permettent pas à un débiteur du failli de s'attribuer un droit de préférence en achetant des créances contre le failli. Aux mains du cédant, cette créance ne donnait droit qu'à un dividende ; elle n'a pu acquérir un privilège par la cession. La cession reste valable sans doute, mais la compensation est refusée. Même disposition lorsque la cession a eu lieu en connaissance de cause entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite : Loi allemande sur le concours, § 48, n° 3. Loi autrichienne, § 21 et 22. Loi du 16 mars 1884, art. 1. — Suisse, loi sur les obligations, art. 137. Projet de 1886 sur les faillites, art. 219. Voyez Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 43.

(2) Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 45.

son créancier, et alors on peut dire que c'est précisément pour s'acquitter de sa dette qu'il a fait de son côté crédit au failli, bien que celui-ci fût peut-être un médiocre payeur. « S'il ne me solde pas », s'est dit l'autre partie, « je ne lui paierai pas non plus ce que je lui dois déjà. » Puis, il est difficile de refuser crédit à qui vous l'a accordé ; il y a donc à cet égard une certaine connexité entre les deux opérations.

2° Ou bien celui qui invoque la compensation a commencé par devenir créancier du failli, et alors c'est peut-être justement pour cela qu'il a fait des commandes à son débiteur, cherchant ainsi instinctivement à se couvrir contre les irrégularités de paiement de ce débiteur. Dans les deux cas, on le voit, l'une des dettes a été la cause de l'autre, cela du moins sera fréquent (1).

30. — Chose curieuse ! en Allemagne on admet universellement que le bonorum emptor déduisait la totalité de la créance opposée.

En France seulement on l'a contesté. Cela tient évidemment aux idées particulières qui règnent chez nous au sujet de la compensation en faillite et qui sont contraires à celles de presque tous les autres peuples.

Nous avons regardé les textes romains avec des yeux trop habitués aux articles de notre Code de commerce et aux arrêts de notre jurisprudence.

Grands partisans de l'égalité en toutes choses, en matière de faillite nous sommes pour le strict niveau devant le dividende, et notre droit commercial se montre très hostile à tout privilège en cette matière.

Bien qu'aucun texte ne règle expressément la situation,

(1) Voyez Saleilles, *Théorie générale de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889, p. 210.

en droit français règne une doctrine ferme et incontestée (1). Le créancier débiteur de la faillite ne peut se prévaloir de la compensation, il faut qu'il paie la totalité de sa dette et se contente d'un dividende de sa créance.

Voici comment on motive cette solution en droit français :

La compensation s'analyse en un double paiement. *Compensatio est instar solutionis*, ont dit les commentateurs.

De ce point de départ on tire deux conséquences : on décide d'une part que les dettes du failli échues après la faillite ne peuvent compenser ses créances, puisque la loi interdit alors tout paiement. D'autre part, si les dettes ne sont pas liquides, l'hypothèse d'un double paiement est inadmissible, même pour les dettes échues avant la faillite. Il faudrait supposer une compensation conventionnelle que la loi interdit, comme paiement irrégulier, fait autrement qu'en espèces ou en effets de commerce (art. 446, Code de Commerce).

Dans d'autres législations, au contraire, on considère la compensation comme une rétention d'une espèce particulière, opposable à la masse des créanciers comme au failli lui-même.

31. — Toutefois, notre principe de l'égalité en faillite reçoit quelque tempérament par suite du système de la compensation légale adopté par le Code civil. Lorsque les deux créances sont liquides et exigibles avant la faillite elles s'éteignent de plein droit, art. 1290.

En outre, dans un certain nombre de cas la jurisprudence, avouons-le franchement, fait fléchir le principe et admet la compensation en faillite.

Nous venons de voir, par exemple, que, si l'une des

(1) Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 37.

dettes n'est pas liquide, il ne peut y avoir lieu à compensation conventionnelle pendant la période suspecte.

Pourtant la jurisprudence admet la compensation lorsqu'il s'agit d'un accord « qui n'a pas pour but de dissimuler un paiement irrégulier, mais de faciliter une compensation légale qui, d'après les conventions et en vertu des faits préexistants, donc par la nature même des choses, aurait dû régulièrement s'opérer (1) ».

Il nous semble qu'une solution analogue devrait être donnée quand c'est la créance du failli qui n'est pas liquide, tandis que sa dette l'est. Comment la négligence du failli à faire liquider sa créance pourrait-elle enlever à l'autre partie, créancière d'une somme liquide, son droit à la compensation ?

Le principe qui n'admet pas la compensation en faillite, reçoit encore exception en matière de compte courant. En compte courant avec Pierre, j'ai accepté, par complaisance et bien que mon compte fût créditeur, une lettre de change tirée par lui. Je me suis crédité de cette accepta-

(1) Cass. 26 juillet 1881, S. 82, 1, 73. Voyez surtout la note de M. Labbé sur Cass. 27 juin 1876, S. 1877, 1, 241. Dans l'espèce de l'arrêt de 1881, pendant la période suspecte, ou même après la cessation des paiements, mais sans connaissance de cette cessation, les parties avaient arrêté leur compte après discussion des articles. Elles avaient donc rendu liquide une dette qui ne l'était pas. Le tribunal de commerce disait : « Attendu qu'il y a lieu de reconnaître que c'est bien un arrêté de compte établi après discussion sur les chiffres, et non une transaction à forfait, comme le prétend le syndic. »

Mais rendre liquide par un arrêté de compte des créances qui ne le sont pas, ou compenser deux créances non liquides, c'est au fond la même chose, car pour les compenser, il faut les évaluer, donc les liquider. J'avoue ne pas sentir l'importance de la nuance, si nuance il y a. Il est vrai que, pour s'écarter d'un principe reconnu, il faut naturellement pouvoir invoquer quelque prétexte, fût-ce une nuance subtile et insignifiante. Tout cela prouve que notre principe est excessif. Pourquoi serait-il licite de compenser après avoir discuté chaque article du compte et l'avoir fixé (peut-être par transaction) et pourquoi serait-il illicite d'évaluer en bloc ses articles pour établir ainsi deux chiffres totaux qui se compenseront jusqu'à due concurrence ?

tion immédiatement, bien que l'échéance n'arrivât que dans trois mois et que ma créance ne fût pas par conséquent exigible.

Dans le mois suivant, Pierre me vend des marchandises ; je me débite immédiatement du prix, ce qui équilibre mon compte avec lui.

Puis, avant l'échéance de la traite, Pierre tombe en faillite.

Ma créance, résultant de mon acceptation, n'étant pas devenue exigible avant la faillite (car elle ne le devient qu'à l'échéance de la traite, ou, au plus tôt au moment de la faillite du tireur), ne devrait pas pouvoir se compenser avec la créance du failli. La jurisprudence admet pourtant cette compensation (1).

Enfin quand les deux dettes sont connexes, la jurisprudence a encore ouvert une autre brèche au principe qui repousse la compensation en faillite.

Dans l'une des espèces soumises aux tribunaux, il s'agissait d'une femme ayant obtenu la séparation de biens après la faillite de son mari et exerçant ses reprises. La masse de son côté lui réclamait des récompenses, et celles-ci se reféraient aux reprises de la femme ; or, le syndic, tout en poursuivant la femme en paiement des récompenses par elle dues, se refusait à lui payer ses reprises, et ne l'admettait qu'à produire pour un dividende à cet égard. Les tribunaux admirent la compensation, par le motif qu'il y avait là un compte indivisible, une liquidation dont on ne pouvait scinder les éléments. M. Labbé, dans une note excellente (2), voit là un cas de compensation pour dettes connexes, lesquelles feraient, *dans la mesure qu'il précise*, exception aux règles ordinaires. En effet, si l'on appliquait

(1) Colmar 7 mai 1850, D. P. 55, 2, 229.
(2) Amiens 16 mai 1877 ; Caen 27 juin 1874, S. 79, 2, 145, et note de M. Labbé.

rigoureusement les principes qui excluent la compensation en cas de faillite, on arriverait aux résultats les plus choquants. Un mari a fait sur l'immeuble de sa femme des dépenses plus ou moins utiles ; pour les payer il a vendu, avec le consentement de sa femme, un autre immeuble de celle-ci, valant 100.000 francs. Il tombe en faillite. La créance en récompense de la communauté contre la femme (art. 1437) n'est pas liquide, puisqu'il faut déterminer jusqu'à quel point les dépenses améliorent l'immeuble au jour de la dissolution. La faillite pourra-t-elle faire payer à la femme intégralement le montant de l'amélioration expertisée, mettons 90.000 francs et ne lui donner que 10 o/o de sa créance liquide de 100.000 francs? Cela serait profondément injuste !

La même question pourrait se poser à l'égard d'un tuteur tombé en faillite.

Si l'on admet avec M. Labbé qu'il y a ici compensation entre dettes connexes, connexité qui dispenserait de la liquidité, alors il semble que l'on revienne à l'idée reçue dans les pays germaniques. Elle consiste, nous l'avons vu, à considérer la compensation comme un droit de rétention s'exerçant sur la dette, que le débiteur retient par devers lui à titre de garantie, et avec laquelle il se paie en cas d'insolvabilité de la contre-partie. On revient surtout au vieux principe romain, si rationnel, celui-là, de l'indivisibilité normale des contrats ou quasi-contrats synallagmatiques : *unus contractus est!*

32. — Sauf ces dérogations, qui tendent, on le voit, à devenir assez nombreuses, nous demeurons, en France, fermement attachés au principe qui repousse la compensation en faillite.

Un principe tout opposé régit la matière dans les pays étrangers.

Dans le code de commerce allemand, la compensation

en faillite est admise, même *ex dispari causa*, même *ex dispari specie ;* il n'est pas nécessaire non plus que les créances invoquées en compensation soient échues (1).

Toutes les législations du groupe germanique contiennent des dispositions analogues (2).

Dans le droit anglais, la section 38 du dernier statut sur la matière admet aussi la compensation en faillite.

En Allemagne donc, la faillite de l'une des parties, loin de rendre irréalisable au profit de l'autre la compensation, ainsi que cela a lieu chez nous, la rend au contraire plus facile, car :

1° De droit commun, la compensation suppose deux dettes également exigibles. Cela n'est pas nécessaire en cas de faillite. Le terme apposé à l'une des créances ou à toutes deux ne met pas obstacle à la compensation (3).

2° De droit commun, la compensation implique l'identité d'objet. Cela n'est plus nécessaire dès qu'il y a faillite ; la créance contre la faillite est nécessairement réduite en argent. Si donc on est, à l'égard du failli, créancier de marchandises et débiteur d'argent, on compensera (4).

En matière non commerciale, les Allemands conçoivent la compensation comme un droit de rétention renforcé. Le créancier a en mains, dans sa propre dette, une sorte de garantie, une sorte de gage destiné à lui assurer son paiement ; il a, en effet, le droit de refuser de payer pour contraindre le débiteur créancier à s'acquitter lui-même.

(1) Loi du concours de 1877, §§ 46 à 49.

(2) Code autrichien, § 20 et 21. Code suisse des obligations, 1882, art. 136 et 137. De même en Hongrie, en Danemark, en Norvège : Thaller, *op. cit.*, p. 41, note 1.

(3) Loi allemande, § 47 ; loi autrichienne, § 20, code suisse des obligations, art. 136. Projet suisse sur les faillites de 1886, art. 218. Thaller, *op. cit.*, p. 42.

(4) Thaller, *op. cit.*, p. 42, dit qu'à l'inverse, créancier d'argent, débiteur de marchandises *ex dispari causa*, on ne pourrait compenser en faillite. Cela est bien peu logique, ou tout au moins peu équitable en pratique.

La faillite survenant sur ces entrefaites, la rétention se transforme en compensation ; elle n'est plus seulement un moyen de contrainte, elle ne consiste plus uniquement à refuser ce qu'on doit pour obtenir ce qui est dû, mais à se payer sur ce qu'on doit, de ce dont on est créancier (1).

Quant au droit de rétention, le projet de Code civil allemand sur les obligations exige en matière civile la connexité des dettes ; en matière commerciale, au contraire, la commercialité seule et non pas la connexité. De plus, nous venons de le voir, en cas de faillite, le droit de rétention se renforce et se transforme en droit de compensation.

On a dit que les Allemands ont été trop loin (2) et qu'ils auraient dû au moins exiger la connexité des dettes pour admettre la compensation en faillite. En cas de dettes connexes, on a vu que la jurisprudence française manifeste une tendance, à la vérité encore bien faible, à admettre la compensation, malgré le défaut de liquidité.

Les Allemands se sont contentés de la commercialité des dettes. Mais ne peut-on pas dire que la commercialité des dettes crée entre elles une certaine connexité, en ce sens que, si c'est le failli qui est devenu créancier le premier, cette créance est la cause du crédit que lui a accordé plus tard l'autre partie, et que, si c'est l'autre partie qui est devenue créancière la première, elle a voulu précisément se couvrir en faisant des commandes au failli, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus?

Dans la pratique, l'une des créances aura donc bien souvent provoqué la naissance de l'autre et en aura été, pour ainsi dire, la cause occasionnelle.

Au surplus, ces théories étaient, au XVIe siècle, celles en vigueur dans les Républiques italiennes. C'est ainsi que les

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 209.
(2) Thaller, *op. cit.*, p. 45.

statuts de Gênes (1) revisés en 1589, livre IV, titre XIV, *De compensatione*, donnent au créancier contre son débiteur failli un droit « *de compensation et de rétention* » sur toutes les marchandises et valeurs en sa possession appartenant à ce failli, même pour le règlement des dettes à terme. De même le statut des marchands de Florence de 1577, livre II, chap. 2, *Dei cessanti e fugitivi*, conférait aux marchands entre eux un gage légal et privilégié sur les valeurs de leur débiteur failli se trouvant dans leurs mains, ou à leur disposition, pour toutes créances indifféremment, et leur permettait de poursuivre leur remboursement sur ces valeurs par voie de vente.

Ainsi, on le voit, depuis les Romains jusqu'à nos jours, en passant par l'Italie du moyen âge, la plupart des pays d'Europe ont admis la compensation en faillite. La France seule, exagérant peut-être l'idée d'égalité, s'écarte de cette solution, vers laquelle pourtant la jurisprudence semble vouloir revenir dans certains cas sous l'empire de sentiments d'équité (2).

(1) Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 31.

(2) Si l'on considère le droit à la compensation comme reposant uniquement sur l'idée que les parties ont dû se faire mutuellement remise pour éviter un double paiement, le système français se justifie parfaitement.

Il admet la compensation entre dettes fongibles échues avant la cessation des paiements, parce que dans ce cas une compensation conventionnelle doit être supposée, même dans le silence des parties. Le double paiement était possible ; elles avaient l'une et l'autre intérêt à éviter d'inutiles transports d'argent.

Mais quand, par suite de la cessation de paiements, le double paiement n'est plus supposable, plus de compensation.

Mais il s'agit de savoir si la compensation — du moins la compensation judiciaire — ne repose pas sur uue autre idée, celle d'un droit de rétention exercé par le débiteur-créancier sur l'objet de sa dette pour sûreté de sa créance ; une sorte de saisie-arrêt qu'il opère sur lui-même.

Nous verrons au chapitre suivant que telle est bien l'idée du droit romain : la demande reconventionnelle fait surseoir à l'exécution de la sentence principale, précisément pour assurer au défendeur ce droit de rétention.

On voit que la vieille institution de la *venditio bonorum* n'avait pas été construite par des mains maladroites et inexpérimentées, puisque les règles qu'elle formulait, notamment en matière de compensation, sont encore considérées comme les plus justes par la grande majorité des nations.

33. — Revenons donc à la *deductio* du *bonorum emptor* et voyons quelles traces elle a laissées dans les textes réunis par Justinien. Les compilateurs devaient s'efforcer de faire disparaître ces traces : la venditio bonorum étant abolie et Justinien ayant profondément remanié et refondu la théorie de la compensation.

Cependant on en trouve encore d'assez nombreux vestiges au Digeste.

Procédant comme nous l'avons fait pour l'argentarius, recherchons tout d'abord dans quels livres de leurs commentaires sur l'Édit Ulpien et Paul traitaient de cette matière (1).

Le Préteur devait naturellement parler de la formule *cum deductione* en traitant de la formule Rutilienne et de la formule Servienne, c'est-à-dire à propos de la *venditio bonorum.*

Le Préteur commençait par déterminer les cas d'envoi en possession et les voies d'exécution sur les biens des vivants, matières dont traitait Ulpien, livres 59, 60; Paul livre 57 ad Edictum. Ensuite, il parlait des voies d'exécution in *bona mortuorum* (Ulpien, livres 60, 61 ; Paul, livres 57, 58). Puis le Préteur déterminait les droits des créanciers envoyés en possession (Ulpien, livres 61, 62 ; Paul, livre 59) ; il réglementait le choix du *magister bonorum* et les autres formalités de la vente. Puis, suivant

(1) Une grande partie des développements qui vont suivre sur l'action *cum deductione* est empruntée à Lenel, Z. S. S., IV, 1883, R. A. p. 118 et s.

toujours l'ordre dans lequel les faits se produisent, l'Édit envisageait la situation après la vente, plaçant toujours le cas de vente des biens d'un vivant (Ulpien, livres 63, 64; Paul, livres 60, 61) avant celui de la vente des biens d'un mort (Ulpien, livre 64; Paul, livre 61).

Évidemment c'était le lieu de parler des actions intentées par le bonorum emptor ou contre lui, et en effet on reconnaît l'action Rutilienne dans plusieurs passages d'Ulpien, livre 63, et de Paul, livre 60. Quant à l'action Servienne, Ulpien en parlait certainement au livre 64; c'était probablement au livre 61 que Paul s'en occupait, mais il n'en reste pas de trace parmi les fragments de ce livre qui nous ont été conservés (1).

34. — Parmi les passages se référant à l'action Rutilienne, il y en a trois qui parlaient de la *deductio* du *bonorum emptor*, un d'Ulpien (livre 63), c'est la L. 10, D. h. t., deux de Paul (livre 60) L. 28, D. *Pro socio*, 17, 2 et L. 45, D. *Ad legem Falcidiam*, 35, 2. Le plus intéressant des trois est sans contredit la L. 10, D. h. t. (2).

Ulpianus lib. 63 ad Edictum :

Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure (3) *compensatione neglegentiæ facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam neglegentiam exhibuerit, quæ eadem quantitate æstimatur, compensationem factam videri et ipso jure* (4)

(1) Lenel, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, Z. S. S. IV, 1883, R. A., p. 117 note 1, ajoute : « On peut conjecturer que dans l'Album les deux formules ne se suivaient pas immédiatement, mais qu'entre elles s'intercalait l'édit sur les privilèges (Ulp. 63, Paul 60) et l'édit du fragment 25, *De reb. auct. jud.*, D. 42, 5 (Ulp. 64), édits qui se rattachent encore visiblement au chapitre : *si vivi bona venierint*, tandis qu'au contraire, l'édit *de separationibus* (Ulp. 64) suivait probablement l'action Servienne et faisait ainsi partie du chapitre : *si mortui bona venierint*. »

(2) Lenel, *op. cit.*, p. 117. Voyez l'explication du *principium* plus haut, chapitre II, § 14.

(3 et 4) Ces deux *ipso jure* sont, à notre gré, interpolés.

invicem liberationem. — § *1 Si quis igitur compensare* (1) *potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.* — *2. Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum, si de ea re pecuniarie agitur, compensatio* (2) *locum habet : idem est et si condicatur ex causa furtiva. Sed et qui noxali judicio convenitur, compensationem* (3) *opponere potest.* — § 3. *In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habent, id est prætoriis, compensatio* (4) *locum habet, et secundum Julianum, tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio* (5).

« Si, étant associés, nous avons apporté à la gestion des affaires sociales une négligence équivalente, il faut dire que nous cessons d'être obligés l'un envers l'autre, compensation faite (de plein droit) de notre négligence. Semblablement, si l'un a retiré quelque valeur du fonds social, tandis que l'autre s'est rendu coupable d'une négligence de nature à le constituer débiteur d'une indemnité équivalente, il faut dire que la compensation est censée faite et les associés libérés (de plein droit) l'un envers l'autre. — § 1. Si donc quelqu'un pouvant compenser (lisez : déduire) a payé, il pourra répéter comme s'il avait payé l'indu. — § 2. Toutes les fois que l'action naît d'un délit, par exemple du vol ou des autres délits, si l'on agit par l'action pénale privée (6), la compensation (lisez : la déduction) a lieu. Il en est de même si la *condictio furtiva* est intentée ; mais, même poursuivi par une action noxale, on peut opposer la compensation (lisez : la déduction). —

(1) Lisez : *deducere.*

(2, 3, 4, 5) Lisez : *deductio.*

(6) *Si de ea re pecuniarie agitur.* Si la victime préfère se porter accusateur et intenter l'action publique qui mène à l'application d'une peine corporelle, elle le peut, mais alors il n'y a évidemment plus lieu à compensation. Voyez Inst. IV, 1, § 19 ; L. 92, D. *De furtis,* 47,2 ; L. 56, § 1, D. *eodem.*

§ 3. La compensation (lisez la déduction) a aussi lieu dans les stipulations qui ressemblent à des actions (c'est-à-dire les stipulations prétoriennes) et selon Julien la compensation (lisez : la déduction) pourra être opposée (1) aussi bien dans la stipulation même que dans l'action naissant de cette stipulation. »

Commençons par expliquer le dernier paragraphe.

On sait que le Préteur obligeait parfois une personne à promettre par stipulation quelque chose à une autre personne (2). C'est le cas des stipulations prétoriennes.

Ces stipulations ressemblent à des actions, comme le répète Ulpien à propos de quelques-unes d'entre elles (3) qu'il appelle *cautionales : instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt.* Cela veut dire que le Préteur emploie ici un procédé qui équivaut à créer de toutes pièces une action.

Parfois le droit qu'il s'agit de sanctionner est déjà né, déjà sanctionné par une action, mais il s'agit de mieux le garantir.

Par exemple, la *cautio legatorum* est une stipulation prétorienne par laquelle l'héritier s'engage à payer exactement à leur échéance les legs à terme ou conditionnels. Faute de la fournir, l'héritier est dépossédé des biens de la succession, dont la garde est attribuée provisoirement, par mesure conservatoire, aux légataires (4). Mais le plus souvent il s'agit de garantir un droit futur et éventuel,

(1) C'est-à-dire insérée.

(2) Les jurisconsultes romains ont divisé ces stipulations à divers points de vue. Voyez Inst. III, 18; L. 1, D. *De stipul. prætor.*, 46,5, Ulpien, lib. 77 ad Ed.

(3) L. 1 § 2, D. *De stip. præt.*, 46,5.

(4) Cette promesse doit être garantie par des cautions. Mais l'héritier est déjà obligé en vertu du testament, pourquoi ne pas faire cautionner cette obligation-là ? C'est que les anciennes cautions (*sponsores* et *fidepromissores*) ne pouvaient accéder qu'à des obligations nées *verbis*, Gaius, III, § 119.

dont la situation présente ne renferme que le germe, par exemple la cautio *damni infecti*, par laquelle le propriétaire d'un édifice menaçant ruine s'engage à réparer le préjudice que sa chute pourrait occasionner au voisin. On sait que, sans cette promesse, il aurait pu se soustraire à la responsabilité en abandonnant les débris de l'édifice tombé; c'est là une application de la règle générale permettant l'abandon noxal au propriétaire dont la chose a causé quelque dommage à autrui.

35. — Cela posé, la loi 10, § 3, nous dit que dans ces stipulations la compensation a lieu ; que de plus, d'après Julien, elle pouvait être opposée, non seulement dans l'action qui en découlait, mais dans la stipulation elle-même.

Cela ne peut s'interpréter que d'une clause à ajouter à la stipulation. Le Préteur appréciait, suivant les cas, les modifications à apporter à sa teneur ordinaire (1). Eisele, dit Lenel (2), l'a déjà démontré clairement, seulement, il croit à tort qu'il s'agit ici d'une extension de l'action *cum compensatione* (3).

La place qu'occupe ce passage dans l'œuvre d'Ulpien (livre 63 *ad Edictum)* montre clairement qu'il y était question de la *deductio* du bonorum emptor et non pas de la *compensatio* de l'argentarius. Mais ce n'est pas tout. On ne comprend pas comment on pourrait insérer dans une stipulation une clause ayant pour effet de donner à l'action qui résultera de cette stipulation les caractères de la formule *cum compensatione*. Cette formule suppose une *intentio certa* portant sur une différence entre deux quantités de même espèce et qui doivent dès lors être néces-

(1) L. 1, § 10, D. *De stip. prætor.*, 46,5 : *Sed et si quid vel addi, vel detrahi, vel immutari in stipulatione oporteat, prætoriæ erit jurisdictionis.*
(2) *Op. cit.*, p. 118.
(3) Eisele, *op. cit.*, p. 38.

sairement déterminées toutes deux. Or, le texte n'exige pas que la créance reconventionnelle porte sur une quantité certaine, et quant à la créance principale, souvent dans les stipulations prétoriennes elle portera sur un *incertum*. Par exemple, dans la *cautio damni infecti* on stipule l'indemnité qui pourra être due pour un dommage éventuel, dont par conséquent il est impossible de fixer l'importance. On stipule donc nécessairement un *incertum*. La compensatio de l'argentarius est donc visiblement inapplicable ici.

36. — On éviterait cette objection en admettant qu'on insérait dans la stipulation une clause de *deductio*.

Rien n'est plus facile, par exemple, que de stipuler du voisin, dans la *cautio damni infecti,* l'indemnité résultant du dommage éventuel: *deducto eo quod invicem stipulator promissori debet*, *debebitve*. Cette stipulation eût engendré naturellement une action *cum deductione*, dont la formule eût donné au juge le pouvoir de diminuer la condamnation en retranchant les créances reconventionnelles du défendeur.

Mais alors on se heurte à des objections insurmontables. Ces objections s'appliquent à tout système soutenant *que la compensation était admise dans les stipulations prétoriennes en général*, c'est-à-dire *quel que fût le stipulant*.

D'abord, et Eisele lui-même en convient, on ne voit pas du tout pourquoi la compensation aurait été admise dans les stipulations prétoriennes au temps de Julien, c'est-à-dire dès avant Gaius, alors qu'elle était exclue en général des actions de droit strict.

On ne voit pas de raisons décisives pour faire exception en faveur des stipulations prétoriennes, car si le Préteur avaitpu, dès le temps de Julien, introduire la compensation dans les actions de droit strict naissant de certaines stipulations, pourquoi pas dans toutes? Remarquez que

même au temps de Julien, le Préteur, dans ce système, aurait pu imposer la compensation, même si aucune clause à cet égard n'avait été insérée dans la stipulation.

Puis, comment Gaius aurait-il omis de nous signaler cette troisième et si importante exception à la règle que la compensation n'était pas admise dans les actions de droit strict ?

37. — Ces raisons doivent faire aussi repousser la doctrine d'Accarias et de Dernburg.

« Dans ces stipulations, dit M. Accarias (1), la compensation peut être opposée au stipulant, c'est-à-dire que les obligations dont il est actuellement tenu envers le promettant doivent, à la demande de ce dernier, être mentionnées dans la formule de la stipulation, et que cette mention autorise par avance le juge de l'action ex stipulatu à en tenir compte. »

L'auteur cité ajoute :

« Bien mieux, les causes de compensation que le débiteur n'a point fait insérer dans l'interrogation à laquelle il a répondu peuvent néanmoins, et cela par un effet de la *clausula doli*, être par lui opposées sur l'action *ex stipulatu*. »

Dernburg (p. 95) expliquait déjà l'admission de la compensation dans les actions naissant des stipulations prétoriennes par la raison qu'elles contenaient la *clausula doli*, laquelle aurait eu pour résultat de transformer l'action *stricti juris* en action de bonne foi.

Mais d'abord il n'est pas du tout exact que l'insertion d'une *clausula doli* transformât la stipulation, rendît l'action de bonne foi (2). Cette clause est une promesse

(1) Précis, n° 717, p. 607 *in fine*, 4e édition.

(2) Voyez sur ce point les explications détaillées de Birkmeyer, *Die Exceptionen in bonæ fidei judiciis*, p. 150 à 173 et les citations. Ajoutez Eisele, *Materiale Grundlage der Exceptionen*, p. 110, note 10, et Eisele, *Compensation*, p. 38, note 42.

accessoire par laquelle le débiteur s'engage à exécuter sans dol ses obligations. Elle ne saurait donner à l'action le caractère d'un *judicium bonæ fidei*, car ce qui caractérise l'action de bonne foi, ce qui y donne au juge des pouvoirs étendus, c'est l'existence, au moins possible, d'obligations réciproques du demandeur au profit du défendeur, obligations nées *ex eadem causa ;* c'est, nous l'avons vu, cette unité de cause qui a fait admettre la compensation dans ce cas. De ce que le défendeur a promis : *dolum malum abesse abfuturumque*, il ne saurait résulter d'obligations à la charge de son créancier; cette clause augmente les obligations du débiteur, elle améliore, loin de l'empirer, la condition du créancier.

Il y a mieux : M. Accarias, t. II, p. 1003, note 1, admet qu'en vertu de cette *clausula doli* de la stipulation, la formule de l'action contenait les mots : *ex bona fide*, et l'insertion de ces trois mots dans la formule paraît démontrée, au moins pour la *cautio damni infecti* (2). Le défendeur sera donc condamné à ce que la bonne foi exige. Sans doute ; mais la bonne foi, nous l'avons vu, n'autorise l'admission en compensation que des créances nées *ex eadem causa*, et non pas des autres. Or, la stipulation étant un contrat unilatéral, il ne saurait naître ici de créances reconventionnelles *ex eadem causa*. N'oublions pas que notre texte (L. 10, § 3, h. t.) nous reporte au temps de Julien, avant Gaius, époque où la compensation *ex dispari causa* n'était certainement pas admise dans les actions de bonne foi. Par conséquent, même en admettant l'inadmissible transmutation de l'action *ex stipulatu* en action de bonne foi par l'influence de la *clausula doli*, nous n'arriverions absolument à rien.

(1) La formule de la lex Rubria, cap. XX, formule où l'on feint que la *stipulatio damni infecti* a été faite, contenait les mots : *quiquid dare facere oporteret ex fide bona... ejus judex condemnato.*

88. — L'explication de l'énigme a été fournie par Lenel (1). Voici comment on peut la développer :

Le vice de toutes les explications précédentes, c'est de supposer la compensation admise dans les stipulations prétoriennes d'une manière générale, c'est-à-dire quel que fût le stipulant.

Tout s'éclaircit, si l'on considère qu'Ulpien traitait ici de l'action *Rutilienne* du bonorum emptor (2). Le bonorum emptor peut avoir à faire des stipulations prétoriennes par suite des droits qu'il tient du failli. Par exemple, le failli était créancier d'un legs payable à terme. Le bonorum emptor, qui lui est substitué, peut exiger de l'héritier, débiteur de ce legs, la *cautio legatorum*. Mais cet héritier peut être lui aussi créancier du failli. Si le bonorum emptor intentait contre cet héritier l'action naissant du legs *per damnationem*, l'*actio ex testamento*, comme représentant ou successeur du failli, il serait obligé de prendre la formule Rutilienne, dans laquelle le Préteur insère une *deductio ;* en un mot, il serait forcé d'agir *cum deductione*, comme toutes les fois qu'il exerce les actions du failli. Mais notre *bonorum emptor* préférera sans doute utiliser la stipulation qu'il a faite et qui est garantie par des cautions. Devra-t-il alors agir *cum deductione ?* L'équité le commande.

En vain dirait-il : je ne me sers pas de l'action Rutilienne, j'exerce une créance que j'ai acquise personnellement ! On lui répondrait qu'au fond c'est un droit appartenant au failli qu'il exerce ; la base, la cause de la stipulation qu'il a faite, c'est un droit dépendant du patrimoine du failli.

De même dans le cas de la *cautio damni infecti.* Lors-

(1) *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, Z. S. S., R. A. t. IV, 1883, p. 118.

(2) Notre texte est extrait, ne l'oublions pas, du livre 63 sur l'Edit.

que le bonorum emptor exige cette cautio à raison du péril que court un immeuble du failli, c'est encore un droit du failli qu'il exerce, et bien qu'en apparence il devienne personnellement créancier par la stipulation, il n'en devra pas moins agir *cum deductione*, parce qu'au fond, ici encore, il agit *defraudatoris nomine*.

Toutefois, on comprend fort bien qu'au moment où l'action va être intentée il puisse s'élever des discussions sur la question de savoir, par exemple, si l'immeuble, à raison duquel la stipulation *damni infecti* a été faite, appartenait au failli ou faisait partie du patrimoine propre du bonorum emptor.

Par conséquent, il était prudent, au moment même où le bonorum emptor stipulait, de faire insérer dans la stipulation une clause de déduction qui évite toute difficulté ultérieure.

Le sens du texte est donc le suivant :

Bien que le bonorum emptor ne se serve pas de l'action Rutilienne lorsqu'il agit en vertu d'une stipulation prétorienne faite par lui à l'occasion des biens du failli, cependant la déduction est applicable, et d'après Julien on peut même insérer par avance une clause de déduction dans la stipulation (1), ce qui évite toute difficulté.

(1) Les textes prévoient ces adjonctions ou modifications à faire aux stipulations prétoriennes ; elles forment l'objet d'une *cognitio* du Préteur : L. 1, § 10, D. *De stip. præt.*, 46,5. Il y a une analogie frappante entre la solution de notre L. 10, § 3, h. t. et celle de la L. 39, § 3, D. *De damno infecto*, 39,2 (Pomponius, lib. 21, ad Sab.). Un mandataire ou gérant d'affaires peut faire la stipulation *damni infecti* pour le compte d'autrui. Mais alors, devenu par cette stipulation personnellement créancier du voisin, il pourrait après l'accident agir contre lui en son propre nom, sans fournir la cautio *de rato* que doit donner quiconque agit *procuratorio nomine* comme demandeur ; bien mieux, on ne pourrait lui opposer les exceptions *procuratoriæ* que l'on peut invoquer contre ceux qui agissent au nom d'autrui, par exemple lorsque le mandant est incapable de plaider par mandataire, ou le mandataire de plaider pour

Ulpien avait donc écrit *deductio* et non *compensatio* au § 3 de la L. 10, la chose est certaine, et Lenel a raison de dire (p. 119) qu'il ne redoute aucune contradiction sur ce point.

38 *bis*. — Je croirais volontiers que la L. 13, D. h. t., se référait aussi aux stipulations prétoriennes :

Idem (Ulpianus) libro LXVI ad Edictum :

Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non objiciatur.

« Labéon dit, non sans raison, que, si la compensation (lisez la déduction) est spécialement réservée pour une action déterminée, on ne devra pas l'opposer dans les autres. »

Supposons que le failli fût créancier d'un legs à terme; le bonorum emptor s'est fait donner par l'héritier débiteur de ce legs la *cautio legatorum*, mais comme cet héritier se trouvait aussi créancier du failli, il a eu soin d'insérer dans sa promesse une clause de déduction.

Il a promis, par exemple, de payer les 1.000 sesterces qu'il devait au failli à raison du legs, sauf déduction de ce que le failli lui devait, à raison d'une vente de marchandises qu'il lui avait faite.

autrui. Voyez Gaius IV, § 124. Inst. IV, 13, § 11. L. 22, D., *De proc.*, 3, 3. — L. 23, D., *Ratam rem*, 46,8.

Pour éviter ces inconvénients, le procurator qui demandait au nom d'autrui la *cautio damni infecti*, devait promettre lui-même (avec fidéjusseurs) la ratification de l'intéressé. Mais ce qu'il faut surtout remarquer, *c'est qu'on insérait dans la stipulation même l'exception procuratoria*, absolument comme dans le cas de la L. 10, § 3, D. h. t., on insère la *deductio* dans la stipulation même.

Le but est identique dans les deux cas; il ne faut pas qu'un individu agissant au nom d'autrui échappe aux obligations qui lui incombent comme représentant, sous prétexte qu'ayant fait une stipulation prétorienne il est devenu personnellement créancier.

On trouve encore la trace d'exceptions insérées dans une stipulation, dans les quelques lignes qui nous sont parvenues du chapitre XIX de la *lex Rubria*. Voyez Girard, textes, p. 65.

Dans ces conditions, la créance de l'héritier contre le failli est *destinée* à compenser la créance du bonorum emptor résultant de la *cautio legatorum*. Elle est réservée à cette destination, et si le failli avait d'autres créances contre cet héritier, lorsque le bonorum emptor les réclamera, cet héritier ne pourra lui opposer en déduction la créance dont il a été fait mention dans la *cautio legatorum*. Sans cela le bonorum emptor serait exposé à subir deux fois la déduction de la même créance. N'oublions pas qu'il n'a stipulé en définitive que la différence entre le legs dû au failli et la créance (un prix de vente par exemple) appartenant à l'héritier. C'est donc cette différence seulement qu'il pourrait obtenir par l'action *ex stipulatu* et demander aux cautions qui ont garanti l'obligation de l'héritier. Dès lors, il est juste qu'on ne lui fasse déduire cette créance de l'héritier dans aucune autre action (1).

Les compilateurs ont inséré ce texte, parce qu'ils ont trouvé équitable que, lorsque deux personnes sont convenues que telle créance serait réservée pour faire compensation à telle autre, on ne pût l'opposer à aucune autre créance. C'est probablement en ce sens qu'ils l'ont compris. Quant à savoir dans quels cas une pareille convention pourrait se produire, cela a été le moindre de leurs soucis. Ils n'en cherchent pas si long !

39. — Revenons à la L. 10, D. h. t. Il paraît acquis au débat que, dans le § 3 de ce fragment, il s'agissait de la *deductio* du bonorum emptor. Mais alors, ajoute Lenel, c'est

(1) Au surplus, il serait possible que la rubrique de notre L. 13 (Ulpianus libro LXVI ad Ed.) fût fausse, et que l'erreur remontât à la confection même du Digeste ; on a pu lire LXVI pour LXIII, autrement dit VI pour III. Comme il y a dans les deux cas trois traits, l'erreur se conçoit ; on sait que les erreurs de ce genre sont assez fréquentes (voyez Lenel, *Das Edictum*, p. 447). S'il en était ainsi, notre L. 13 serait extraite du même livre que la L. 10, § 3, où il est question de la *deductio* dans les stipulations prétoriennes, et la conjecture que nous présentons au texte deviendrait encore plus vraisemblable.

aussi *deductio* et non *compensatio*, *deducere* et non *compensare* qu'il faut lire aux §§ 1 et 2 de la L. 10, car ces trois paragraphes font visiblement partie d'un même développement, tandis que le principium paraît appartenir à un autre ordre d'idées, malgré le mot *igitur* du § 1, qui semblerait au premier abord établir un lien de connexité entre ce principium et le § 1 de notre fragment (1).

Le § 1 de notre loi 10 est un des textes les plus importants de la matière, c'est une des bases en apparence les plus solides sur lesquelles se fondait la théorie de la compensation légale, s'opérant *sine facto hominis*, à l'insu même des parties ; il disait, en effet :

Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.

Il faut bien, disait-on, que la compensation éteigne de

(1) « Le mot *igitur*, par lequel débute le § 1, dit Lenel *(si quis igitur compensare potens)*, pousse à rechercher une connexité entre ce paragraphe et le *principium*, qui lui ne traite pas d'un cas d'action *cum deductione*. Moi-même, ajoute-il *(op. cit.*, p. 119, note 22), je me suis laissé entraîner à cette tentative *(Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, p. 147). Mais c'est un fait assez fréquent que de voir les compilateurs laisser subsister une conjonction après avoir biffé la phrase que cette conjonction reliait à ce qui suit. On en voit ici un exemple ; j'en ai indiqué un autre dans mes *Beitraege zur Kunde des præt. Edicts*, p. 14 et suivantes. »

Il s'agit de la L. 7, § 16, D., *De publiciana*, 6, 2. Voyez Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, t. I, p 56, note 12. Les compilateurs rangent dans le même fragment tout ce qu'ils ont tiré du même livre d'un jurisconsulte (à moins qu'ils ne soient forcés d'interrompre la citation pour intercaler en un endroit opportun un fragment d'un autre jurisconsulte). Il résulte de là que les diverses phrases d'un même fragment peuvent ne pas se rapporter à la même matière. Cela se voit particulièrement dans le titre *de regulis juris*, par exemple L. 56, D. 50, 17. Le principium se rapporte à l'interdit *de superficiebus* (L. 1, § 4, D. *De superficiebus*, 43, 18, *Palingenesia*, Ulpien 1551). Le § 2 se référait à l'interdit *de itinere actuque privato*, et se retrouve dans L. 3, § 2, in fine, D. *De itinere*, 43, 19, *Palingenesia*, Ulpien 1557 *in fine*. Les §§ 3 et 4 se référaient à l'interdit *Quo itinere venditor usus est, quominus emptor utatur, vim fieri veto*, Paul, L. 2, § 3, *De interdictis*, 43, 1, *Paling.*, 745 *in fine*. Voyez *Paling.* Ulpien 1560, 1562, et Lenel, *das Edictum*, p. 384 note 5.

plein droit les deux créances, ou tout au moins que la seule coexistence des deux dettes les paralyse réciproquement comme par l'effet d'une exception, puisque celui qui paie, pouvant compenser, paie l'indu et jouit de la *condictio indebiti.*

Cette idée semblait recevoir d'ailleurs une confirmation éclatante d'un autre texte extrait du livre 10 des *Disputationes* (1) d'Ulpien. Je veux parler de la L. 30, D. *De condictione indebiti*, 12, 6 :

Qui invicem creditor, idemque debitor est (in his casibus in quibus compensatio locum non habet) si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.

« Si une personne, étant à la fois créancière et débitrice, paie (dans les cas où il n'y a pas lieu à compensation), elle n'a point la *condictio* comme si elle avait payé l'indu, mais l'action de sa créance. »

De ce texte, on conclut légitimement, *a contrario*, que dans les cas où la compensation est admise, celui qui paie peut intenter la *condictio indebiti.* Ce fragment paraît donc confirmer pleinement la solution de la L. 10, § 1, h. t.

Mais, quand on y réfléchit, que de difficultés !

1° Ni l'un ni l'autre de ces deux textes, donnant ainsi la condictio indebiti à celui qui paie pouvant compenser, ne fait la moindre allusion à une condition qui serait pourtant essentielle. Il faudrait tout au moins que ce

(1) Dans cet ouvrage Ulpien examine des questions les unes tirées de sa pratique des affaires, les autres empruntées aux anciens auteurs ; il suit l'ordre adopté dans les *Digesta*, c'est-à-dire l'ordre de l'Edit, dans les huit premiers livres, ensuite il traite des lois, senatusconsultes et constitutions impériales. Voyez Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 222, Lenel, Pal., t. II, p. 387, note 1. Il pourrait donc se faire que dans la L. 30, D., 12,6, Ulpien traitât de la lex Julia *de cessione bonorum*. Plus probablement il parlait de l'argentarius. Voyez plus bas, p. 197.

paiement fût le résultat d'une erreur, que le débiteur-créancier eût payé sa dette ignorant sa créance. Ce n'est pas ici un cas où cette condition de recevabilité de l'action pourrait se sous-entendre. Quand on paye ce qu'on ne doit pas, la condition d'erreur peut se sous-entendre, parce que l'erreur résulte clairement du fait même ; rien de plus invraisemblable qu'un paiement indu fait sciemment. Mais ici, le débiteur-créancier peut à son choix opposer la compensation ou garder sa créance (1) ; qui nous dira s'il ne s'est pas intentionnellement abstenu d'invoquer la compensation? On ne saurait lui permettre évidemment de revenir sur son choix. Il serait donc bien surprenant que les jurisconsultes romains eussent omis de nous signaler cette condition, qui prenait ici tant d'importance et demandait à être mise vigoureusement en relief.

2° Mais voici l'objection capitale. Nos deux textes parlent d'une façon tout à fait générale. Dans tous les cas de compensation possible, le débiteur pourrait répéter son paiement comme indu.

Or, on se demande quel intérêt peut avoir celui qui a payé à reprendre son paiement? Ce ne peut être que pour attendre l'action de son créancier et lui opposer alors en compensation la créance reconventionnelle qu'il a contre lui. Mais au lieu de reprendre son paiement, pourquoi ne pas faire payer à son tour à l'autre partie la dette dont cette dernière reste redevable ? Pourquoi intenter la *condictio indebiti* au lieu de l'action de sa créance ?

En principe, et sauf des cas tout à fait extraordinaires, on n'a absolument aucun intérêt à intenter la *condictio indebiti*, plutôt que l'action de sa créance. Bien au contraire ! D'abord, celui qui intente la *condictio indebiti* se présente comme simple créancier chirographaire, alors

(1) *Sic erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit sumptus*, L. 1, § 4, D. *De cont. tut.*, 27,4.

que sa créance pouvait être garantie par des sûretés personnelles ou réelles. Puis, la *condictio indebiti* contre un *accipiens* de bonne foi ne se donne que dans la mesure de son enrichissement (1). Généralement donc, notre créancier-débiteur n'aura aucun intérêt à intenter cette action.

Pour en trouver il faut imaginer des situations très exceptionnelles.

1° Il peut se faire que cette créance n'appartienne pas à celui qui a payé. Nous savons déjà, en effet, que le fidéjusseur peut opposer en compensation au créancier une créance appartenant au débiteur principal (2). Il a omis de le faire, ignorant que le débiteur fût créancier du créancier. Ce débiteur est d'ailleurs insolvable, en sorte que le recours du fidéjusseur contre lui sera illusoire. On voit dès lors l'intérêt qu'aurait le fidéjusseur à reprendre au créancier le paiement qu'il lui a fait, pour ensuite lui opposer la compensation du chef du débiteur principal (3).

2° Il peut se faire aussi que la créance qu'on aurait pu opposer en compensation n'ait pas pour débiteur le créancier qu'on a payé, et que pourtant on pût lui opposer en compensation cette créance due par un autre. Par exemple, si l'associé du fils ou de l'esclave a payé au père ou au maître, sans opposer la compensation de ce que lui devait le fils ou l'esclave (4) son associé, il aura intérêt à se faire rendre par le père ou par le maître ce qu'il lui a payé, car s'il agissait par l'action *pro socio* contre le père, il n'obtiendrait condamnation que dans la limite du pécule, L. 9, D. h. t.

(1) L. 65, §§ 7 et 8, D. *De cond. indeb.*, 12,6, L. 26, § 12, D. *eod.*

(2) L. 5, D. h. t.

(3) Ce que nous disons du fidéjusseur pourrrait se dire aussi du codébiteur corréal qui peut opposer la compensation du chef de son coreus, s'ils sont *socii*, L. 10, D. *De duobus reis*, 45,2.

(4) Remarquez qu'en ce qui touche l'esclave, son associé n'a contre lui qu'une créance naturelle.

3° Enfin la condictio indebiti présente encore de l'intérêt dans le cas rarissime où la créance, qu'on aurait pu opposer en compensation, était une créance naturelle, créance que, par conséquent, on ne pouvait songer à réclamer ensuite par voie d'action. Nous disons : *rarissime :* il est en effet extrêmement rare qu'une créance naturelle puisse être opposée en compensation. Outre le cas précédent, cela ne se rencontre guère que dans celui que prévoit la L. 3, § 4, D. *De neg. gestis*, 3,5 :

« Si un pupille a géré mes affaires, depuis le rescrit d'Antonin le Pieux il peut être poursuivi jusqu'à concurrence de son enrichissement ; que si c'est lui qui agit, il devra subir la compensation intégrale des obligations nées à sa charge de sa gestion. »

C'est là encore un effet particulier de l'*eadem causa*.

Quand la créance reconventionnelle naît de la même cause, nous ne devons pas nous étonner de la voir admise en compensation alors même qu'elle serait dépourvue d'action, car nous avons vu (dans le cas cité au 2°) qu'on pouvait opposer la dette naturelle d'un esclave à son maître, alors même qu'il n'y aurait rien dans le pécule, c'est-à-dire alors même que la créance invoquée en compensation n'est pas due, pas même comme dette naturelle, par celui qui actionne.

40. — En écrivant le fragment 30, D. *De condictione indebiti*, Ulpien ne pensait assurément à aucun de ces cas exceptionnels où le débiteur, qui a omis d'opposer la compensation, n'a pas d'action contre son créancier pour réclamer sa propre créance. Car il renvoie ce débiteur-créancier à exercer l'action de sa créance : « *sui crediti petitionem* » supposant donc qu'il avait *dans tous les cas* une action contre son créancier.

Dans sa pensée, celui qui eût pu opposer la compensation a deux actions à sa disposition, la *condictio indebiti*

et l'action de sa créance. Si on se trouve dans un cas où la compensation est interdite, le débiteur-créancier est réduit à l'action de sa créance.

Il ne s'agit donc ici ni d'un cas d'obligation naturelle, ni d'une hypothèse comme celle du fidéjusseur, ou celle de l'associé, de l'esclave, ou du fils de famille, cas dans lesquels celui qui aurait pu opposer la compensation n'a pas d'action contre le créancier ; il s'agit d'un cas où le débiteur-créancier a une action, et une action *contre son créancier lui-même*, car le texte dit : *Qui invicem creditor, idemque debitor est.*

Tout s'explique, si l'on admet qu'Ulpien avait écrit *deductio*, et non pas *compensatio*, dans la L. 10, § 1, D. h. t., et que, dans la L. 30, D. 12, 6, les mots : « *in his casibus in quibus compensatio locum non habet* » sont interpolés.

Dans la L. 10, D. h. t., Ulpien parlait de la *deductio*, du *bonorum emptor ;* cela est démontré *a priori :*

1° Par la rubrique : livre 63 sur l'Edit ; il s'agit de venditio bonorum ;

2° Par la connexité évidente entre les §§ 1, 2, 3. Or, nous venons de montrer qu'au § 3 il était question de *deductio* dans les stipulations prétoriennes.

Mais l'argument le plus décisif résulte de la simplicité de l'explication.

Un débiteur du failli se trouvait en même temps son créancier. Il a imprudemment payé sa dette au *bonorum emptor*, et maintenant le voilà réduit à toucher, sur le prix promis par le bonorum emptor, le dividende afférent à sa créance. Si ce dividende est, par exemple, de 20 o/o, c'est 80 o/o qu'il perd. Le créancier-débiteur a donc ici tout intérêt à intenter contre le bonorum emptor, *pris en son nom personnel*, la condictio indebiti basée sur le paiement qu'il lui a fait, ignorant qu'il avait une créance contre le failli.

Remarquez qu'ici le bonorum emptor est tenu de la *condictio indebiti* personnellement, et non pas comme représentant du failli. En effet, c'est avec le bonorum emptor *personnellement* que s'est formé le quasi-contrat de paiement de l'indu. Donc le créancier-débiteur, par cette *condictio indebiti,* fera condamner le bonorum emptor intégralement, tandis que sur l'action de sa créance il n'obtiendrait qu'un dividende. Nous dirions aujourd'hui qu'en intentant la condictio indebiti il se présente comme créancier *de* la faillite, *de* la masse, et non pas créancier *dans* la faillite.

Ulpien, sans doute, expliquait ces résultats et concluait par les mots : « *Si quis igitur, deducere potens, solverit...* » Remarquez en effet que cet *igitur* devait se rapporter à un développement qui manque aujourd'hui, ainsi que nous l'avons vu plus haut (1). Les compilateurs l'ont supprimé comme se référant à une procédure abolie. Cet « *igitur* » ne peut se rapporter à la solution du *principium* (cas de compensation entre les négligences de deux associés) car on ne voit pas quel intérêt pourrait avoir l'associé qui a payé sa dette à en réclamer le remboursement par la *condictio indebiti*, plutôt qu'à demander par le *pro socio* le paiement de sa créance. Enfin, après nous avoir dit au *principium* que la compensation était *censée faite : « compensationem factam videri »* (2), Ulpien ne viendrait pas dire : « *si quis* igitur COMPENSARE POTENS. » Si la compensation est déjà censée faite, il ne s'agit plus de *pouvoir* la faire opérer.

Quant à la L. 30, D. 12, 6, elle a sûrement été retouchée par les compilateurs : la forme ici les trahit. Gradenwitz (3) signale avec raison l'expression : « *in his casibus*

(1) P. 189 note 1.
(2) Je laisse de côté *ipso jure*, probablement interpolé.
(3) Gradenwitz, *Interpolationem in der Pandekten*, p. 88 et suiv. et p. 232 *in fine*

in quibus » comme une tournure de basse latinité et, parmi les textes qu'il cite comme extrêmement suspects d'interpolation à raison de cette locution, se trouve précisément notre loi 30. Kalb (1), lui aussi, signale cette expression comme un justinianisme décelant une interpolation.

Ces mots sont certainement interpolés dans un autre texte, la L. 10 pr. D. *De pactis*, 2, 14. « Divum Pium rescripsisse fiscum quoque, *in his casibus in quibus hypothecas non habet...* » Antonin le Pieux n'a pu parler de l'hypothèque légale du fisc, car elle date seulement de Caracalla.

A un autre point de vue encore la forme est suspecte... « locum *non habet*, si solvit, *non habet.* » Ulpien n'a pu répéter ainsi coup sur coup les mots *non habet.*

Ces deux indices prouvent l'interpolation. Ulpien avait écrit :

Qui invicem creditor, idemque debitor est, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.

Le texte est extrait du livre X et dernier des *Disputationes* d'Ulpien.

Cet ouvrage est conçu absolument sur le même plan que les *Digesta* de Julien. Julien suit d'abord l'ordre de l'Edit (livres I-LVIII), puis du livre LIX au livre XC, c'est-à-dire dans le dernier tiers de ce traité, il parle des lois et sénatus-consultes (2).

Ulpien, lui aussi, dans les sept premiers livres de ses *Disputationes*, suit l'ordre de l'Edit ; il traite dans les trois derniers livres (c'est-à-dire aussi dans le dernier tiers de l'ouvrage) des lois et des sénatus-consultes, et cela dans

(1) Kalb, *Das Juristenaltein*, p. 80.
(2) Lenel, *Pal.*, I, p. 318 note 2.

le même ordre que Julien. Cet ouvrage est donc composé sur le même plan que les *Digesta* de Julien (1).

Les *Quæstiones* de Papinien reproduisent aussi le même ordre. Du livre I au livre XXVIII, il suit l'ordre de l'Edit, et du livre XXIX au livre XXXVII, c'est-à-dire dans le dernier tiers de l'ouvrage, il traite des lois et sénatus-consultes (2).

Chose remarquable ! Chacun de ces trois ouvrages a fourni au Digeste un texte sur la compensation, et chaque fois ce texte a été pris dans le *dernier livre* de l'ouvrage, savoir :

La L. 2, D. h. t., extraite du livre XC et dernier des Digesta de Julien.

La L. 30, D. *De cond. indebiti*, 12, 6, extraite du livre X et dernier des Disputationes d'Ulpien.

La L. 10, D. *De duobus reis*, 45, 2, tirée du livre XXXVII et dernier des *Quæstiones* de Papinien (3).

Or, nous avons montré (4) que la L. 2, D. h. t. se référait à la *compensatio* de l'argentarius.

Il y a donc de graves présomptions pour qu'Ulpien et Papinien aient aussi traité de cette matière dans le dernier livre des ouvrages cités, puisqu'ils suivent identiquement le même plan (5).

(1) En ce sens Paul Krueger, *Ueber die Zusammensetzung der Digesten-Werke*, Z. S. S. VII, 2 Heft, p. 102.

(2) Lenel, *Paling.*, I, p. 813, note 2. — Paul Krueger, *loc. cit.*, p. 100.

(3) *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* « Si les deux débiteurs corréaux ne sont pas *socii*, le fait que le stipulant doit de l'argent à l'un ne profitera pas à l'autre ». De même que le fidéjusseur, le *coreus socius* peut obliger l'argentarius à faire la compensation de ce que cet argentarius doit à l'autre *coreus*. Il s'agit, à n'en pas douter, de l'action *cum compensatione*. Remarquez qu'il s'agit d'une action de droit strict et de dettes d'argent : « *pecuniam debet.* »

(4) Voyez *supra* n° 11, p. 112 et s.

(5) Voici selon P. Krueger, *loc. cit.*, p. 103, l'ordre des matières commentées à la fin des ouvrages cités et autres analogues : *De verborum significatione.* — *De fidejussoribus.* — DE COMPENSATIONIBUS. — De usuris.

Il est donc très probable que Ulpien dans la L. 30, D. 12, 6, parlait de la *compensatio* de l'argentarius.

Opposant cette *compensatio* à la *deductio* du *bonorum emptor*, il faisait remarquer que, si le client de l'argentarius n'invoque pas la compensation et paie, il n'a pas la *condictio indebiti*, tandis qu'il en est autrement du débiteur du failli payant au *bonorum emptor*.

Je crois donc qu'Ulpien devait dire, du moins quant au sens, à peu près ceci :

Qui *argentarii* creditor, idemque debitor est, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. Qui autem, quum deductione uti posset, bonorum emptori solverit, condicere poterit veluti indebito soluto (1).

Peut-être la question avait-elle été controversée en ce qui touche le client du banquier. Car enfin, le banquier, obligé de se servir de la formule *cum compensatione*, ne pouvait réclamer que la différence ; réclamer plus c'eût été demander trop : on aurait donc pu soutenir que, payant plus, le client payait l'indu. Eh bien non ! Les deux créances s'équilibraient et se paralysaient réciproquement, grâce à la formule pour le client, grâce à l'exception *pensatæ pecuniæ* pour le banquier (2) ; mais tout cela n'était que de la procédure ; tant que la procédure n'entrait pas en scène les deux dettes subsistaient, et payer l'une d'elles ce n'était pas payer l'indu. Et puis, pas d'intérêt, en général.

Les compilateurs ont corrigé la solution d'Ulpien en la restreignant aux cas où la compensation est interdite. Ils étaient logiques avec eux-mêmes, puisqu'ils voulaient généraliser (3) la solution donnée jadis pour le seul cas de *deductio*.

(1) Comp. L. 10, § 1 D. h. t.
(2) Voyez supra n° 11.
(3) L. 10, § 1, D. h. t.

Cette *condictio indebiti*, qu'Ulpien accordait contre le bonorum emptor, il ne l'eût pas donnée dans d'autres hypothèses, même dans les trois cas énumérés ci-dessus au § 39 et dans lesquels le débiteur aurait pourtant un intérêt majeur à répéter son paiement, parce qu'il n'a pas d'action, ou pas d'action efficace pour recouvrer sa créance. En effet si, comme il est très probable, Ulpien, dans la L. 30 D. 12, 6, a voulu établir une antithèse entre la *compensatio* et la *deductio*, il a ainsi manifesté clairement l'intention de restreindre la *condictio indebiti* au seul cas de deductio. D'ailleurs, il n'aurait fait qu'appliquer ici un principe posé par Pomponius à propos des legs : *Ex quibus causis retentionem* (1) *quidem habemus, petitionem non habemus, si solverimus, repetere non possumus* (2).

La L. 10, § 1, D. h. t., tout au moins, n'aurait donc pas dû figurer au Digeste. Les compilateurs, avec leur irréflexion habituelle, se sont imaginés que la compensation ayant lieu dans toutes les actions — et même *ipso jure* selon les termes d'une constitution sur laquelle nous aurons à revenir longuement (3) — ils pouvaient faire entrer dans la compilation, en les généralisant, les textes relatifs à la *deductio* du bonorum emptor, comme ils ont cru pouvoir y insérer ceux relatifs à l'argentarius, même (et peut-être

(1) *Retentio* équivaut souvent à *compensatio :* les rétentions en matière de dot ne sont que des *dationes in solutum* forcées, équivalant à une compensation.

(2) L. 51, D. *De cond. indeb.*, 12,6, Lenel, *Paling*, Pomponius, 251. — Comparez L. L. 58 à 60, D. *De legatis 2°*, 30. Les Romains étaient si rigoureux sur ce point que la plupart des jurisconsultes refusaient la *condictio indebiti* au mari qui avait restitué toute la dot, même consistant en argent, sans retenir les impenses nécessaires *qui pourtant diminuent la dot ipso jure!* L. 5, § 2, D., *De impensis*, 25,1 : Ulpien lib. 36 ad Sabinum: *Si dos tota soluta sit, non habita ratione impensarum, videndum est an condici possit id quod pro impensis necessariis compensari solet? Et Marcellus admittit condictioni esse locum; sed etsi* PLERIQUE NEGENT, *tamen propter æquitatem Marcelli sententia admittenda est.*

(3) Voyez le chapitre VII, §§ 6 et suivants.

surtout) quand ces textes donnaient à la compensation des conséquences très fortes, analogues à celles qui résultent d'un mode d'extinction opérant *ipso jure*. Ils se sont figuré qu'ils n'avaient qu'à y effacer les traces de la procédure ancienne. Ils étaient loin de compte et ne se doutaient guère des tortures qu'ils allaient infliger aux commentateurs de l'avenir, ni des systèmes compliqués qu'on édifierait plus tard, croyant bâtir en plein roc, sur la base fragile de leurs étourderies.

Quoi qu'il en soit, nos textes figurent au Digeste ; il convient donc de rechercher dans quel cas la *condictio indebiti* peut s'appliquer à notre matière, dans le droit de Justinien.

Malgré la L. 10, § 1, D., celui qui a payé pouvant compenser ne saurait en général prétendre à la *condictio indebiti*. Il n'y a point d'intérêt, comme nous l'avons vu. Cette action doit, en tout cas, être restreinte aux hypothèses exceptionnelles que nous avons signalées plus haut, page 192, et qui peuvent se ramener à deux :

1° Cas de la caution qui a, par ignorance, négligé d'opposer en compensation une créance appartenant au débiteur principal, et qui trouve ce dernier insolvable lorsqu'elle vient recourir contre lui ;

2° Voici maintenant des espèces rentrant dans le second cas.

Supposons qu'ayant fait avec un esclave un contrat de bonne foi, un mandat par exemple, je m'acquitte aux mains du maître des obligations résultant pour moi du contrat, sans en déduire le montant des dettes qui découlent du même contrat à la charge de l'esclave, et cela parce que j'ignorais ces créances à mon profit. Je n'ai point d'action contre le maître si l'esclave n'a pas de pécule ou si ce pécule est épuisé.

De même : un pupille a géré mes affaires ; je lui paie ses

dépenses utiles, ignorant qu'il est devenu aussi mon débiteur par suite de sa gestion ; il a, par exemple, recouvré des sommes qui m'étaient dues et les a dissipées. Je n'ai contre lui qu'une créance naturelle, mais cette créance naturelle, j'aurais pu la lui opposer en compensation lorsqu'il m'a réclamé ses dépenses.

Dans tous ces cas, ne peut-on pas dire que j'ai trop payé et que j'ai droit à la *condictio indebiti ?*

J'avais un moyen de défense qui constituait ma seule ressource efficace, je n'en ai pas usé par erreur; je dois être traité comme celui qui, par erreur, omet d'invoquer une exception perpétuelle. Voilà ce que veut l'équité et, dans le droit de Justinien, on doit adopter cette solution, puisque la raison est loin de la réprouver et que les termes généraux de la L. 10, § 1, D. h. t. l'imposent. Mais Ulpien, je crois, ne serait pas allé jusque-là.

41. — Pour expliquer la *condictio indebiti* accordée à celui qui a payé pouvant compenser, on avait, depuis les glossateurs jusqu'à nos jours, proposé plusieurs théories aussi erronées les unes que les autres.

C'est d'abord le fameux système de Martinus Gosia, la compensation légale s'opérant *sine facto hominis* et éteignant les deux créances à l'insu même des parties.

Dans ce système, celui qui paie, pouvant invoquer la compensation, paie une dette éteinte, et la *condictio indebiti* s'explique toute seule. Mais on reconnaît généralement aujourd'hui que la compensation légale n'est pas romaine ; ce système doit donc être repoussé, dans l'explication qu'il donne de la condictio indebiti comme dans sa base même. Nous aurons à y revenir.

D'autres auteurs (1) expliquent la *condictio indebiti* en

(1) Accarias, t. II, 4e édition, p. 1112 (n° 912 *in fine*) note. Desjardins p. 130. Windscheid, § 349, note 3. Bien que Dernburg, p. 587, ne s'explique

disant que cette action appartient à quiconque acquitte une dette quand il pourrait opposer au créancier une exception perpétuelle (1).

Mais nous verrons que la coexistence des créances respectives ne les paralyse en aucune façon. Quant à la *condictio indebiti*, si elle est donnée lorsqu'on a payé une dette réellement paralysée par une exception perpétuelle, c'est que cette dette est considérée comme inexistante, à un tel point que payer en connaissance de cause constituerait une donation. Il en est tout autrement de l'exception de compensation, et, tout le monde en convient, le paiement effectué sachant qu'on pourrait opposer une créance en compensation, n'est rien moins qu'une donation.

Il n'y a donc aucune assimilation à faire entre les deux cas (2).

42. — Eisele l'a bien compris (3); il reconnaît que la créance contre laquelle on pourrait invoquer la compensation n'est, en attendant, affectée d'aucune paralysie, comme le sont les créances contre lesquelles milite une exception. Mais il tâche d'éviter l'objection en soutenant que, pour pouvoir intenter la *condictio indebiti*, il n'est pas nécessaire d'avoir payé une dette *actuellement* paralysée par une exception perpétuelle. Il suffit, dit Eisele, *que cette dette soit* susceptible, *si tel événement se produit*, d'être paralysée par une exception perpétuelle.

Or, en notre matière, le débiteur sera libéré, officio

pas très clairement sur ce point, il semble bien au fond partager cette doctrine. Voyez Eisele, p. 262, note 4.

(1) L. 26, § 3, § 7, L. 40 pr. D. *De cond. indeb.* 12,6. Frag. Vat. § 266.

(2) Ceci contribue encore à prouver combien il est impossible de croire que les jurisconsultes classiques aient admis la *condictio indebiti* en cette matière. On la comprend très bien de la part de celui qui aurait pu opposer la *deductio* au bonorum emptor, car celui-là a payé plus que ce à quoi il pouvait être condamné, donc l'indu, et fait une perte.

(3) P. 263 et suiv.

judicis, *s'il invoque la compensation;* dans ce cas, il pourra opposer au créancier une exception perpétuelle et sera libéré. On voit l'analogie des deux situations.

A l'appui de sa thèse, Eisele cite la L. 56, D. *De condictione indebiti*, 12, 6 :

Papinianus libro octavo quæstionum : *Sufficit ad causam indebiti incertum esse temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conveniatur donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur quod interim solvitur repeti; ut enim pactum, quod ad tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio juris, quæ causam incertam habet, condicionis* (1) *instar obtinet.*

« Pour qu'on puisse intenter la condictio indebiti, il suffit qu'il y ait incertitude sur le caractère perpétuel ou temporaire de l'exception. Supposons qu'un individu ait obtenu de son créancier un pacte par lequel ce créancier s'est engagé à ne pas le poursuivre avant que Titius soit nommé consul. Comme l'exception, qui est seulement temporaire si Titius devient consul, peut devenir perpétuelle par sa mort, on dira avec raison que le débiteur peut répéter ce qu'il aurait payé dans l'intervalle. En effet, si le pacte d'atermoiement, fait pour un temps limité, ne donne pas au débiteur le droit de répéter le paiement fait malgré ce pacte, pas plus que s'il avait payé avant l'échéance, par la même raison le pacte engendrant un

(1) Il est certain qu'il faut lire ici, avec la Vulgate et contrairement aux Florentines, *condicionis* et non *condictionis*. *Sic* Cujas *ad. h. l.* Une *defensio juris* pourrait engendrer la *condictio*, *condictionem inducere*, mais non ressembler à une *condictio*, *condictionis instar obtinere*. En outre, le jurisconsulte assimile le pacte fait ad tempus *certum* au terme ; il doit logiquement assimiler l'exception « quæ causam *incertam* habet » à la condition. *Sic* Eisele, p. 263.

moyen de défense dont le caractère perpétuel ou temporaire est incertain, doit être assimilé à une condition. »

(En d'autres termes, l'exception temporaire doit jouer le rôle d'un terme, et l'exception éventuellement perpétuelle, celui d'une condition.)

Cela posé, voici en substance le raisonnement d'Eisele :

« Dans l'hypothèse prévue par Papinien nous avons une obligation actuellement existante, mais affectée d'une exception *éventuellement* perpétuelle. Si vous payez par erreur cette obligation, peut-être avez-vous payé une créance à terme, et alors vous n'avez pas la *condictio indebiti;* mais peut-être aussi avez-vous payé une créance qu'une exception perpétuelle viendra paralyser, et cette incertitude suffit, dit Papinien, pour que vous ayez la condictio. Vous avez donc payé une dette *actuellement menacée* d'une cause d'extinction *éventuelle*.

« Il en est précisément de même dans le cas de compensation. Lorsque vous payez votre dette ignorant votre créance, vous payez une dette contre laquelle vous pouviez éventuellement (c'est-à-dire à la condition d'opposer la compensation) élever une *defensio juris*, et cette defensio juris avait précisément une *causa incerta*, puisqu'elle n'existera qu'autant que vous ne préférerez pas faire valoir votre créance par voie d'action. La créance de votre adversaire n'était donc actuellement ni paralysée ni éteinte, mais elle était éventuellement *susceptible* d'être paralysée si vous lui opposiez votre créance. Cette incertitude suffit pour que vous puissiez intenter la *condictio indebiti*, si d'ailleurs vous avez payé ignorant votre créance.

« Dans le cas où l'on pouvait compenser, pas plus que dans celui de la L. 56, D. 12, 6, on ne peut pas dire qu'il y avait précisément paiement de l'indu, et c'est pour cela qu'Ulpien dans la L. 10, § 1, D. h. t. dit seulement : repetere poterit *quasi* indebito soluto. »

43. — Il faut avouer que c'est là un raisonnement fort ingénieux, quoiqu'un peu subtil.

Mais il y a entre le cas de compensation et celui de la L. 56, D. 12, 6, une différence capitale.

Dans le cas prévu par la L. 56, le débiteur est peut-être libéré dès à présent : l'incertitude où nous sommes sur la question de savoir si Titius mourra avant de devenir consul nous empêche seule de l'affirmer. Le pacte qui le libère (*exceptionis ope* bien entendu) est peut-être un pacte de remise absolue.

Mais quand un débiteur paie pouvant opposer la compensation, il paie n'étant, quant à présent, *aucunement* libéré. Il n'y a pas même le moindre germe de libération. Il est facile de le prouver.

Opposer la compensation, cela équivaut à faire des offres réelles suivies de consignation : cela équivaut donc à payer.

Mais encore faut-il réellement opposer la compensation !

Dire : je suis libéré si j'oppose la compensation, cela équivaut à dire : je suis libéré si je paie ! Croit-on qu'un débiteur puisse se prétendre dès aujourd'hui conditionellement libéré par le paiement qu'il fera un jour ? Évidemment non ! Ce serait jouer sur les mots.

Avant d'opposer la compensation, un débiteur n'est pas plus libéré qu'avant de payer. Opposer la compensation c'est payer d'une certaine façon, mais tant que ce paiement-là n'est pas opéré, le paiement normal est dû, et par conséquent, s'il est fait, ne saurait être répété comme indu.

Un cas qui se rapprocherait davantage de celui du débiteur qui, ignorant sa créance, paie au lieu de compenser, serait celui d'une personne qui devrait 1.000 sesterces, mais avec la faculté de s'acquitter en donnant à la place l'esclave Stichus (1). Si elle avait payé les 1.000 ses-

(1) Ainsi la dette est facultative, les 1.000 serterces sont *in obligatione*,

terces qui étaient *in obligatione*, pourrait-elle les reprendre par la *condictio indebiti,* en prouvant qu'elle ignorait — non pas qu'elle eût cette *facultas solutionis*, remarquez-le bien (1) — mais qu'elle eût l'esclave Stichus dans son patrimoine, en un mot en prouvant qu'elle ignorait qu'elle avait entre les mains les moyens d'user de cette faculté ?

Question assez délicate, que les textes, à ma connaissance du moins, ne résolvent point. Admettons pour un instant la *condictio indebiti*, en supposant bien entendu que le débiteur ait un intérêt sensible à user de la *facultas solutionis*, et à la condition que le créancier soit replacé exactement dans la situation où il eût été si on lui eût, dès le début, payé la chose *in facultate solutionis.* Cette décision, si on l'adopte, justifierait la *condictio indebiti* de la part de celui qui n'a pas d'action pour réclamer la créance qu'il eût pu opposer en compensation, et excuserait les compilateurs d'avoir inséré au Digeste une solution orginairement faite pour la *deductio* du bonorum emptor, et pour elle seule. Dans ces cas où le débiteur n'a pas d'action pour recouvrer la créance qu'il aurait pu

l'esclave *in facultate solutionis.* De même en cas de compensation, vous pouvez vous acquitter en donnant à votre créancier, en guise de paiement, une créance contre lui-même.

(1) Dans ce dernier cas, la répétition devrait, je crois, être admise par analogie avec ce qui se passe dans le cas de dette alternative. Une personne qui devait sous une alternative et qui a payé l'une des choses ignorant qu'elle avait un choix à faire, pouvait répéter. Voyez L. 32, § 3 D. *De cond. indeb.*, 12, 6, Julien. (La L. 19, D. *De leg.* 2°, 31, de Celse n'est contraire qu'en apparence; remarquez en effet que la répétition n'est jamais admise contre le paiement, même indu, dans le cas d'un legs *per damnationem*, dans lequel, on le sait : *lis inficiando crescit in duplum*, Gaius II, § 283 et IV § 171). Voyez aussi dans une hypothèse analogue la décision de Justinien, L. 10, C. *De cond. indeb.* 4,5. Il me semble qu'on devrait par analogie accorder aussi la répétition à celui qui paie l'objet dû, ignorant que la dette est facultative et qu'il a le droit d'en donner un autre qui se trouve *in facultate solutionis.* Toute autre est la question posée au texte.

opposer, mais dans ces cas seulement, ce débiteur peut être considéré comme ayant payé l'indu, parce qu'il a payé plus que, s'il eût connu sa créance, il n'aurait pu être forcé à payer.

A la question de savoir si celui qui a payé pouvant compenser a la *condictio indebiti*, on peut rattacher une difficulté précisément inverse :

Le créancier qui reçoit paiement, ignorant qu'il est lui-même débiteur, peut-il, en rendant le paiement reçu, invoquer la compensation ?

Quel intérêt y a-t-il ?

Le voici : Primus, par exemple, doit à Secundus mille sesterces exigibles et portant intérêt, mais il ignore sa dette. Puis Secundus devient à son tour débiteur de Primus d'une somme de mille sesterces qu'il s'empresse de lui payer le jour même de l'échéance, pour conserver intacte sa créance portant intérêt, qui est un bon placement.

Deux ans après, Secundus réclame à Primus, qui apprend ainsi sa dette, les mille sesterces, plus les intérêts.

Primus peut-il alors rendre les mille sesterces qu'il a reçus en paiement de sa créance et opposer la compensation ? S'il le peut, en vertu d'un principe que nous exposerons plus tard (1), les intérêts sont censés avoir cessé de courir à partir de la coexistence des deux dettes. D'ailleurs, lui, ne rendra que le capital reçu, car, en supposant qu'il ait le droit de considérer ce paiement qu'il a reçu comme indu, il était de bonne foi, et celui qui a reçu de bonne foi un paiement indu ne doit pas les intérêts.

Le peut-il ?

Je ne crois pas. On peut être excusable d'ignorer sa

(1) Chapitre VII, § 9.

créance, c'est-à-dire son droit, ce qui ne peut nuire qu'à soi, mais on ne saurait être excusé d'ignorer sa dette, c'est-à-dire son devoir, et de ne pas payer son créancier à l'échéance.

La Cour de Pau a pourtant jugé le contraire, par application du droit romain, le 10 mai 1826, dans l'hypothèse assez singulière que voici (1) :

Sous la Révolution, un débiteur profita de ce que les assignats avaient subi une dépréciation considérable pour payer sa dette en papier : il était à cette époque, créancier de son créancier, mais il préféra réserver sa créance pour des temps meilleurs. Sous la Restauration il la réclama.

L'adversaire répondit que ce payeur trop avisé avait, en 1793, payé une dette éteinte, et que son droit consistait tout simplement à répéter ce qu'il avait payé, savoir des assignats, dont l'échelle de dépréciation déterminait la valeur pour 1793. Les lois intermédiaires, en effet, avaient dû déterminer quelle somme argent devait être payée pour valeur en assignats; c'est ce qu'on nomme l'échelle de dépréciation, dressée pour chaque département.

Mais il faut remarquer qu'on vivait en France, dès cette époque, sous l'empire de la théorie de la compensation légale éteignant les deux dettes dès l'instant de leur coexistence par la seule force de la loi, *sine facto hominis*. Etant donné ce principe, l'arrêt est bien rendu, car le débiteur qui avait payé sa dette en assignats, avait payé une dette éteinte *ipso jure*, et par conséquent n'avait que la *condictio indebiti* de ses assignats.

44. — Un mot seulement sur le § 2 de notre L. 10. Il décide que, même si le défendeur est actionné par le bonorum emptor à raison d'un délit commis au préju-

(1) S. V. Collection nouvelle t. VIII, à sa date.

dice du failli, il a le droit de faire déduire du montant de la condamnation ses créances contre le failli. On aurait pu croire qu'il était, dans ce cas, indigne de cette faveur. Dans cet ordre d'idées, Justinien refuse au spoliateur, le bénéfice de la compensation, L. 14 *in fine*, C. h. t. Même si le défendeur jouit du bénéfice de l'abandon noxal, la *deductio* s'impose encore. On aurait pu en douter et croire qu'il n'y avait pas lieu de cumuler au profit du défendeur les deux bénéfices. Il a fallu que les Romains aient trouvé bien choquant qu'un débiteur du failli fût obligé de payer intégralement sa dette, alors qu'il ne touche qu'un dividende s'il est créancier, pour qu'ils aient admis la deductio, même contre une action délictuelle.

45. — Reste le *principium* de notre L. 10, D. h. t. (1).

L'*ipso jure* qui s'y rencontre deux fois est visiblement interpolé, l'affectation même avec laquelle ce mot se trouve répété à un faible intervalle trahit la main des compilateurs.

Mais le mot *compensatio*, lui, n'y est pas interpolé, il n'a pas été substitué au mot *deductio* comme dans les §§ 1 et 2. Dans ce *principium*, le jurisconsulte veut nous montrer que dans les actions de bonne foi le juge jouit, en ce qui touche les créances nées *ex eadem causa*, de pouvoirs analogues à ceux que lui donnerait la formule *cum deductione* du bonorum emptor (2).

(1) *Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione neglegentiæ facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam neglegentiam exhibuerit quæ eadem quantitate æstimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem.*

(2) Cette analogie se voit clairement dans le cas de la L. 9, pr. D. h. t. « Si, ayant contracté une société avec un fils de famille ou un esclave, on est actionné par le chef de famille, on recouvre intégralement par la compensation les créances qu'on peut avoir; tandis que, si on en réclamait

Mais nous avons déjà commenté ce texte (1), nous n'y insisterons donc pas.

46. — Lenel voit encore un cas de *deductio* dans la L. 12, D. h. t.

Reproduisons ici ce texte, en y joignant le fragment précédent, déjà expliqué (2) :

L. 11. Paulus libro 32 ad Edictun : *Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas.*

L. 12. Ulpianus, lib. 64, ad Edictum.

Idem juris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed etsi invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamem sint usuræ, compensatio (3) *nihilominus locum habet ejus quod invicem debetur.*

« Lorsque l'un (des associés) doit à l'autre de l'argent sans intérêts et que ce dernier doit au premier de l'argent portant intérêts, l'empereur Sévère a décidé que les intérêts de la somme pour laquelle les deux créances s'égalent ne doivent pas être payés. »

« Des constitutions ont statué dans le même sens, non seulement dans les procès entre particuliers, mais encore dans les causes fiscales. Et dans le cas où les créances portent intérêt à des taux différents, la compensation aura encore lieu entre les dettes réciproques. »

Notons que le texte est extrait du livre 64 d'Ulpien sur l'Edit. Il y parlait de la venditio bonorum des biens d'un

le paiement au chef de famille, il ne paierait que jusqu'à concurrence du pécule confié à l'esclave ou au fils de famille. » De même par la *deductio* on recouvre intégralement la créance qu'on avait contre le failli, tandis que, si on avait dû actionner le bonorum emptor, on n'aurait touché qu'un dividende.

(1) Voyez plus haut chapitre II, n° 14.

(2) Voyez plus haut chapitre II, n° 15.

(3) Lenel (Palingenesia, Ulpien 1441) met *deductio* à la place de *compensatio*.

mort, de l'action Servienne fictice de la qualité d'héritier, qu'a le *bonorum emptor* en pareil cas, de la séparation des patrimoines, etc. Voici ce qu'en dit Lenel :

« Le texte parle de *causa fisci;* on doit supposer qu'il s'agit de *publicatio bonorum*, cas très voisin de la *venditio bonorum*. Ce fragment ne contient pas une règle originaire de la *deductio*, mais un développement juridique ultérieur de cette institution, comme on pouvait déjà le deviner par la nature de la clause de *deductio*, et comme il résulte de la citation de rescrits impériaux.

« Si Ulpien expose ce principe à propos de l'action Servienne, au lieu de l'avoir fait au livre précédent à propos de l'action Rutilienne, cela vient peut-être de ce que le premier rescrit consacrant l'innovation se référait à l'action Servienne. »

Un peu plus haut, Lenel disait :

« Il est assez étonnant de voir Ulpien, qui avait déjà, à propos de l'action Rutilienne, développé les principes de la deductio, y revenir à propos de l'action Servienne (1). »

On peut regretter que Lenel, toujours si clair, n'ait pas ici mieux précisé sa pensée.

Ulpien prévoyait peut-être ici la même hypothèse que Paul dans la L. 11, c'est-à-dire un cas de compensation en matière de société.

Nous avons déjà dit plus haut (2) que, la faillite d'un associé dissolvant la société, les jurisconsultes ont été amenés à parler de société à propos de la *venditio bonorum*. C'est précisément pour cela qu'Ulpien, au principium de la L. 10, h. t., extraite de son livre 63 sur l'Edit, traitait de la compensation dans le contrat de société.

Mais la confiscation, la *publicatio bonorum*, elle aussi, dissout la société.

(1) Lenel, *Quellenforschungen*, Z. S. S. R. A. 1883, p. 124 et 125.
(2) Chap. II, nº 15 *in fine*.

Lorsqu'un associé est frappé de confiscation générale, le fisc procède à la vente en bloc de ses biens *(sectio bonorum)* au profit d'un acquéreur dont la situation présente la plus grande ressemblance avec celle de l'*emptor bonorum*. L'*emptor* a l'interdit *possessorium* pour se mettre en possession des biens du failli, le *sector* a l'interdit *sectorium* pour prendre ceux du confisqué (Gaius, IV, § 145, 146). Le *bonorum sector*, comme le *bonorum emptor*, a probablement les actions du confisqué et doit répondre à celles des tiers contre ce condamné (L. 54, pr. D. *De pet. her.*, 5, 3; L. 41, D. *De jure fisci*, 49, 14). C'est surtout à l'*emptor bonorum* des biens d'un insolvable décédé que ressemble le *bonorum sector*. En effet, les jurisconsultes assimilent la confiscation à la mort; la société, dit Paul (1), se dissout par la confiscation du bien d'un associé, car alors, comme *une autre personne lui succède*, il doit être considéré comme décédé.

Il était donc fort naturel qu'après avoir parlé, au livre 64 ad Edictum, de la *venditio bonorum* des biens d'un mort et de l'action Servienne qui appartient en pareil cas au bonorum emptor, Ulpien traitât du cas de *sectio bonorum* qui présente avec cette hypothèse une analogie si frappante. Ainsi s'explique la mention du fisc dans notre L. 12 :

« *Idem juris est, non solum in privatis, sed in causa fisci constitutum.* »

In causa fisci signifierait alors : en cas de confiscation, et de *sectio bonorum* qui en est la conséquence.

Remarquez d'ailleurs que notre L. 12 ne traite pas seulement une question de cessation du cours des intérêts, elle décide, en outre, que la compensation aura lieu entre les capitaux : *compensatio nihilominus locum habet ejus quod invicem debetur.*

(1) L. 65, § 12, D. *Pro socio*, 17, 2. Inst. III, 25, § 7 : *Nam, cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.*

Quelle pouvait être la raison de douter ? Les biens du condamné sont devenus la propriété du fisc, avant de passer au *bonorum sector;* le *bonorum sector* est substitué aux droits du fisc. Or, ce n'est ni sans hésitation, ni sans restrictions qu'on a permis d'opposer la compensation au fisc (1).

Je crois donc que la déduction du *bonorum emptor* s'appliquait aussi au *bonorum sector;* les deux situations présentent la plus grande analogie.

Mais je pense aussi qu'il s'agissait, dans notre L. 12 comme dans la L. 11, d'un cas de compensation en matière de société.

Il est facile d'imaginer des hypothèses dans lesquelles des associés se devront réciproquement des sommes portant intérêt à des taux différents (2).

Enfin, on conçoit fort bien que Ulpien ait parlé de société à propos de *publicatio bonorum* (comme il en a parlé dans la L. 10 à propos de *venditio bonorum)* et pour le même motif, à savoir que la *publicatio bonorum* dissout la société.

47. — Il est d'autres textes encore où nous trouvons des vestiges reconnaissables de la *deductio* du *bonorum emptor*. Lenel les a aussi signalés.

Nous venons de voir que, dans les § 1 et 2 de notre L. 10, les compilateurs ont effacé le mot *deductio* et l'ont remplacé par l'expression plus générale de *compensatio*. Ils ne se sont pas donné cette peine dans la L. 28, D. *Pro socio*, 17, 2, Paul, lib. LX ad Edictum :

Si socii sumus, et unus ex die pecuniam debeat et divi-

(1) L. 24, D. h. t. : JUSSIT *imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi quod ipse convenitur*. La forme même dans laquelle Paul nous rapporte cette décision de Septime Sévère *(jussit)* montre que cela n'allait pas de soi. Nous verrons plus tard les nombreuses restrictions auxquelles reste soumise la compensation opposée au fisc.

(2) Voyez ci-dessus, chap. II, § 15.

datur societas (lisez : *bona mea venierint) non debet hòc deducere* socius (lisez : *bonorum meorum emptor) quemadmodum præsens (debitum) debet (deducere), sed* [omnes dividere et] *cavere cum dies venerit defensu iri socium* (1).

Tel qu'on le lit au Digeste, le texte peut se traduire ainsi :

« Si nous sommes associés et que l'un de nous doive de l'argent à terme, et que la société soit liquidée, l'associé ne devra pas déduire cette dette comme il déduit les dettes exigibles, mais l'actif doit se partager entre tous les associés, qui doivent s'engager à venir défendre leur associé au jour de l'échéance. »

Mais, tel que Paul l'avait probablement écrit, le texte signifiait :

« Si nous sommes associés, que l'un de nous doive de l'argent à terme, et que mes biens aient été vendus, le *bonorum emptor* de mes biens ne doit pas déduire cette dette lorsqu'il agit par l'action *pro socio* contre mon associé, mais il doit seulement prendre l'engagement de venir défendre mon associé à l'échéance de la dette. »

Développons l'hypothèse prévue par ce texte :

Un associé, agissant dans l'intérêt social, s'est obligé à payer à un tiers une certaine somme. Avant l'échéance de cette dette l'autre associé tombe en faillite, et son *bonorum emptor* réclame au premier associé ce qu'il pouvait devoir au failli. Le premier associé peut-il faire déduire de sa dette envers le failli le montant de l'engagement qu'il a pris, dans l'intérêt social, et qu'il devra payer de sa bourse ? Pour l'affirmative on pourrait dire que l'associé, qui a contracté une obligation à terme pour le compte de la société,

(1) Nous avons mis en caractères ordinaires ce qui paraît être l'œuvre des compilateurs.

est devenu par cela même créancier d'une indemnité à l'égard de ses coassociés. Sa créance, sans doute, est à terme comme son engagement. Mais, dans la *deductio* du *bonorum emptor* on peut faire retrancher les créances reconventionnelles même non échues : G., IV, § 67. Mais cette solution ne serait pas ici tout à fait juste. Au fond, qu'est-ce que l'associé peut réclamer à ses coassociés? Qu'ils le garantissent des condamnations qui pourraient être prononcées contre lui à raison de l'engagement qu'il a pris, voilà tout. Par conséquent, si le *bonorum emptor* de l'associé failli offre de fournir cette garantie, c'est tout ce que l'on peut lui demander.

Notre texte a été fortement interpolé par les compilateurs, dans le but d'effacer toute trace de la *venditio bonorum* abolie sous Justinien ; à la place de : *et dividetur societas*, il y avait probablement : *et bona mea venierint*. Dans l'état actuel du texte on ne comprend plus les mots: *non debet hoc deducere socius;* car, ce *socius*, c'est celui qui s'est obligé envers les tiers, puisque c'est lui qu'on doit défendre : *defensu iri socium*. C'est donc celui qui invoque la compensation. Mais, de celui qui invoque la compensation, on ne saurait dire qu'il *doit* déduire, mais bien qu'il *peut* déduire. Celui qui *doit* déduire c'est celui à qui la compensation est opposée, et le mot *deducere*, comme le numéro (60) du livre de Paul auquel ce fragment a été emprunté, montrent qu'il s'agissait d'un cas de faillite et de la *deductio* du *bonorum emptor*.

L'altération du texte résulte encore de son incorrection. La phrase : *omnes dividere*... manque de verbe; on ne peut pas sous-entendre *debet* de la phrase précédente, car ici il faudrait le pluriel; il faudrait : *debent*. Par cet : *omnes dividere*, les compilateurs ont voulu dire que la société se partagera sans tenir compte, pour le moment, de l'engagement pris par un des associés envers un tiers, mais ils

ne sont pas arrivés à exprimer nettement leur pensée ; on ne saurait attribuer à Paul une telle gaucherie.

48. — Voici enfin un dernier texte qui se rapportait encore à la *deductio* du bonorum emptor. C'est la L. 45, D. *Ad legem falcidiam*, 35, 2, extraite du livre 60 de Paul *ad Edictum*, livre où il traitait, comme nous l'avons vu, de l'action Rutilienne du *bonorum emptor :*

In lege Falcidia non habetur pro puro quod in diem relictum est : medii enim temporis commodum computatur. — § 1. In his legatis, quæ sub condicione relicta sunt, Proculus putabat, quum quæritur de lege Falcidia, tantum esse in legato quantum venire possunt. Quod si est, et deductio sic potest fieri, ut tantum videatur vi deberi, quanti nomen venire potest. Sed hæc sententia non probatur; cautionibus ergo melius res temperabitur.

« Dans le calcul de la loi Falcidie (à la différence de ce qui se passe dans la *deductio* du bonorum emptor) on n'assimile pas un legs à terme à un legs pur, on en retranche l'escompte. — § 1. Quant aux legs conditionnels, Proculus pensait que, pour appliquer la loi Falcidie, il fallait estimer le legs au chiffre pour lequel il pourrait se vendre. S'il en est ainsi, la *deductio* (du *bonorum emptor)* ne pourrait-elle pas se faire d'après le même procédé ? On estimerait la créance conditionnelle du défendeur au prix auquel elle pourrait se vendre. Mais cette opinion n'est pas suivie ; il vaut donc mieux s'en tirer par des promesses. »

En d'autres termes, le bonorum emptor obtiendra condamnation intégrale, moyenant qu'il s'engage à payer *intégralement* aussi la créance du défendeur, si la condition à laquelle elle est subordonnée se réalise ; comme dans le cas de la L. 28, D. *Pro socio*, 17, 2, le bonorum emptor de l'associé failli devait promettre à l'autre associé de le défendre des condamnations qui pourraient être

prononcées contre lui, à raison des engagements que cet associé a pu prendre envers les tiers.

Il y a encore une mention des actions *cum compensatione* et *cum deductione* dans la L. 15, D. *Ratam rem haberi*, 46, 8, où Paul (lib. 14 ad Plautium) décide que forcer quelqu'un à agir *cum compensatione* ou *cum deductione*, ou plutôt invoquer une créance reconventionnelle dans une action intentée au moyen de l'une de ces formules ou dans une action de bonne foi, c'est réclamer le paiement, et par conséquent violer la promesse faite antérieurement de ne plus rien réclamer :

... *Si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus est, recte dictum est petisse eum videri, et stipulationem committi amplius non peti* (1).

49. — De toutes ces traces de la *compensatio* et de la *deductio* qui subsistent au Digeste, malgré les efforts faits par les compilateurs pour les effacer complètement, traces que l'on rencontre, notons le bien, dans les écrits des jurisconsultes postérieurs d'un demi-siècle à Marc-Aurèle, il résulte clairement que le fameux rescrit de cet empereur, rescrit auquel on a attribué une importance si considérable dans l'histoire de la compensation, n'a

(1) C'est aussi de *deductio* qu'il s'agissait dans la L. 14, D. h. t. : Javolenus, lib. 15 ex Cassio : *Quæcumque per exceptionem elidi possunt, in compensationem* (lisez *deductionem) non veniunt.* « Toutes les créances qui peuvent être écartées par une exception n'entrent pas en *deductio.* »

Comme Javolenus florissait à la fin du premier siècle de notre ère, il ne peut s'agir ici que de l'un des trois cas de compensation, les seuls que connût encore Gaius soixante ans plus tard : compensation *ex eadem causa* dans les actions de bonne foi, *compensatio* de l'argentarius, *deductio* du bonorum emptor. Or, le texte est extrait du livre XV, dans lequel nous trouvons une demi-douzaine de fragments, dont notre L. 14, pouvant se rapporter à la *venditio bonorum*. Lenel, *Palingenesia*, Javolenus nos 64 et suiv., n'hésite pas à la placer sous la rubrique : *de bonorum venditione;* à la note 4 il indique aussi que Javolenus avait probablement écrit : *deductionem*, et renvoie à son *Das Edictum*, § 218.

fait disparaître ni l'action *cum compensatione* de l'argentarius, ni l'action *cum deductione* du bonorum emptor. Elles subsistent, et ont sans aucun doute duré autant que la procédure formulaire, au sort de laquelle elles étaient liées : elles ont disparu avec cette procédure. La *deductio*, notamment, n'a pu survivre à l'abolition de la *venditio bonorum*, abolition que Justinien (1) rattache précisément à la disparition de la procédure formulaire, comme un effet à sa cause.

Mais, un peu avant Alexandre Sévère, l'institution de la compensation subit, je ne dirai pas une révolution, le mot ne serait nulle part moins à sa place, mais une évolution lente, insensible, ayant son point de départ dans certaines constitutions impériales rendues en matières de *mutuæ petitiones*. Au premier abord, ces constitutions ne semblent pas avoir une portée très considérable et, pour ce motif, on les a jusqu'ici un peu trop laissées dans l'ombre. Elles ont disparu devant le fameux rescrit de Marc-Aurèle, comme de petites étoiles dans le rayonnement d'un astre de première grandeur. Nous aurons à examiner si ce fameux rescrit mérite bien la place qu'on lui a faite dans l'histoire de notre institution, et ce qu'une critique sévère doit laisser subsister de l'importance légendaire qu'on lui a attribuée sur la foi — hélas ! peu sûre — des rédacteurs des Institutes.

Cependant, les constitutions auxquelles nous faisons allusion sont, à n'en pas douter, la véritable cause qui a visiblement transformé la compensation en l'absorbant dans la reconvention, ainsi que nous allons le voir au chapitre suivant, en étudiant les *mutuæ petitiones*.

(1) Inst. III, 12.

CHAPITRE IV

DES MUTUÆ PETITIONES

Section I. — De la pluralité des actions entre les mêmes parties et des demandes reconventionnelles.

1. Renvoi devant un même juge de tous les litiges entre les parties; avantages de cette concentration. — **1 bis.** Moyen de forcer le demandeur à l'opérer: exception *rei residuæ*. — **2.** Cas de demandes reconventionnelles. Dérogations aux règles ordinaires de la procédure, dans le but de les soumettre au juge saisi de l'action principale. La L. 22, D. *De judiciis*, 5, 1, et la L. 11, § 1, D. *De jurisdictione*, 2, 1, sont étrangères à la question. — **3.** Mais on peut citer en ce sens la L. 1, § 15, D. *De extraordinariis cognitionibus*, 50, 13, et la L. 14, C. *De sententiis*, 7, 45. — **4.** Sous Justinien tout au moins, la demande reconventionnelle proroge la juridiction d'un magistrat qui n'eût pu en connaître comme demande principale. La demande reconventionnelle devient même obligatoire, Novelle 96.

1. — Nous avons déjà attiré l'attention sur le caractère analytique de la procédure civile romaine (1). Une question, un procès, telle était la règle. S'il y avait entre les parties plusieurs litiges, on organisait autant d'instances distinctes, on délivrait autant de formules qu'il y avait de questions à résoudre.

Mais, c'eût été exagérer sans profit l'application du principe, que de nommer autant de juges qu'il y avait de procès distincts.

(1) Chapitre 1, §§ 4 et 5.

Pourquoi ne pas renvoyer toutes les affaires entre les mêmes parties devant un seul et même juge? Il n'y a pas à craindre qu'il ne confonde les divers litiges qui lui sont soumis, puisqu'ils forment l'objet de questions distinctes qu'il est obligé de trancher séparément. Cela présente, au contraire, des avantages considérables.

Chez les Romains, qui n'avaient pas réglementé les preuves, il était loisible au plaideur d'éclairer par tous moyens la religion du juge. Par suite, la connaissance du caractère, de la moralité des parties, de leurs relations sociales ou d'affaires, avait une importance considérable pour arriver à établir les points de fait. Cette connaissance une fois acquise à propos d'un des litiges, on avait beaucoup moins de peine à trancher les autres. Le plus souvent d'ailleurs ils s'éclaireront les uns les autres. Si, par exemple, les affirmations d'une des parties ont été reconnues controuvées dans l'un des procès, si son rôle dans l'une des affaires a été entaché de dol, si le caractère usuraire de ses créances a été démontré, quelle lumière tout cela ne peut-il pas jeter sur les autres litiges entre les mêmes parties !

A d'autres points de vue encore ce renvoi devant un même juge se recommandait à la pratique : il réalisait une notable économie de temps et de frais. On pouvait ainsi souvent, en une seule audience, débattre successivement toutes les prétentions des plaideurs, ne déranger qu'une seule fois le juge, les avocats, n'imposer qu'un seul déplacement aux parties domiciliées en dehors du lieu où siégeait le tribunal (1).

(1) Même après le jugement rendu sur une première action, on renvoyait devant le même juge les affaires nouvelles qui avaient de la connexité avec la première, notamment lorsque s'élevait la question de savoir s'il n'y avait pas chose jugée sur la question soulevée en second lieu. Voyez L. 2, C. *De judiciis*, 3, 1.

Quant à la rédaction de la formule, le renvoi devant un même juge n'y changeait rien, il y avait autant de formules que d'actions (1).

Quintilien, qui écrivait sous Domitien, le dit en propres termes *(Institutiones oratoriæ*, III, 10) :

Privata judicia sæpe unum judicem habere, multis et diversis formulis solent.

Ce renvoi devant un même juge n'avait plus d'application sous la procédure extraordinaire. Pourtant Justinien a encore inséré au Digeste un titre, comprenant seulement deux fragments, sous la rubrique : *De quibus rebus ad eumdem judicem eatur* (2). Ces textes nous disent que le juge choisi pour statuer sur une action *familiæ erciscundæ* doit aussi connaître d'une action *communi dividundo* ou *finium regundorum* entre les mêmes parties. Dans les actions divisoires cela devait faciliter la formation des lots. Le second texte prévoit le cas d'un ancien pupille actionnant pour le tout, comme étant seul solvable, l'un de ses tuteurs, et ce dernier demandant la mise en cause des autres, que sans doute il prétend solvables, afin de faire diviser la condamnation.

Sous Justinien, ces fragments ne peuvent guère s'entendre que dans le sens d'une prorogation de juridiction en faveur du magistrat saisi du premier procès et qui ne serait pas compétent, *ratione loci*, pour juger le second.

Dans l'ancien droit, ils n'avaient pas forcément cette signification. Ils indiquaient seulement l'un des cas où le magistrat devait renvoyer diverses affaires devant le même juge. Il y en avait deux autres : 1° celui de plusieurs actions intentées par le même demandeur contre le même défendeur ; 2° celui de demande reconventionnelle.

(1) Sur la question de savoir s'il en était ainsi, même en cas de demandes reconventionnelles, voyez plus bas, section II.

(2) D. 11, 2.

1 *bis*. — Gaius (IV, § 122) nous apprend que, si une personne ayant plusieurs affaires litigieuses contre le même défendeur, en porte quelques-unes devant la justice et sursoit à introduire les autres « *ut ad alios judices eant* », il ne peut plus, pendant la durée des fonctions du magistrat, intenter les actions qu'il a ainsi réservées, sous peine de se voir repousser par l'exception *litis residuæ*.

Ce témoignage prouve deux choses :

D'abord, que si le demandeur eût déduit simultanément toutes ses prétentions en justice, elles eussent été toutes renvoyées devant le même juge, puisque c'est précisément pour essayer d'éviter ce résultat que le demandeur a sursis à intenter quelques-unes de ces actions « *ut ad alios judices eant* ».

En second lieu, cela démontre l'intérêt extrême qu'attachaient les Romains à ce renvoi devant un même juge de toutes les affaires litigieuses entre les parties, puisqu'ils n'hésitaient pas à frapper d'une grave déchéance le demandeur qui cherchait à s'y soustraire.

2. — Le dernier cas de renvoi de plusieurs affaires devant un même juge, et le plus intéressant pour nous, est celui de demandes reconventionnelles. Elles étaient fréquentes à Rome, au témoignage de Quintilien (1). Nous les supposons bien entendu formées avant la *litis contestatio* sur l'action du demandeur, autrement le renvoi de la nouvelle affaire devant le même juge n'aurait pas été de droit, et aurait dépendu de la libre appréciation du magistrat.

Eh bien ! dans le cas de demande reconventionnelle formée avant la *litis contestatio*, le renvoi devant le même juge était de règle. Ce principe s'appliquait non seule-

(1) Quintilien, *Institutiones oratoriæ*, III, 10, après avoir parlé de la *mutua accusatio* ajoute : *Cui similis erit conditio petitionum invicem diversarum, quod accidit vel frequentissime.*

ment aux créances reconventionnelles nées de la même cause que la demande principale, et en particulier à l'*actio contraria* opposée à l'action directe dans les contrats synallagmatiques imparfaits (1), mais aussi lorsqu'il n'existait aucune connexité entre les deux actions.

Logiquement, ce renvoi devant un même juge n'aurait dû pouvoir être prononcé que lorsque les deux affaires rentraient dans la compétence du magistrat saisi.

Mais les avantages de ce renvoi paraissaient si importants que, dès l'époque classique, l'on opérait cette liaison entre les deux affaires, alors même que le demandeur aurait pu décliner la compétence du magistrat, si la demande reconventionnelle avait été formée comme demande principale.

Dernburg cite comme exemple un texte constatant qu'un privilège personnel, qui autorisait le débiteur à décliner la compétence du tribunal, n'a pas le pouvoir de l'affranchir de la demande reconventionnelle : c'est la L. 22, D. *De judiciis*, 5, 1 :

Paulus, libro 3 ad Plautium :

Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eumdem judicem mitti.

« Celui qui n'est pas forcé de subir une action en un certain lieu, s'il y agit lui-même, est tenu de défendre aux demandes reconventionnelles qui sont renvoyées devant le même juge. »

Paul avait sans doute en vue le *privilegium revocandi domum* (2) par lequel les délégués des municipes, comme

(1) L. 23, D. *Depositi*, 17,3, *Collatio* X, cap. 2, § 5 : *Actione depositi conventus (servo constituto) cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur.* « Celui qui est actionné comme dépositaire d'un esclave peut réclamer devant le même juge le paiement des aliments. »

(2) L. 2, § 5, D. *De judiciis*, 5, 1.

les témoins et les juges appelés à Rome (1), pouvaient décliner la compétence, pourtant fondée en règle, du Préteur romain, en fournissant caution de se présenter devant le juge de leur domicile dans un délai fixé par le Préteur.

Je ne crois pas devoir invoquer ce texte. Il est vrai que l'on tient essentiellement à ce que la demande reconventionnelle soit portée devant le même juge que la demande principale, mais, si les députés des provinces, etc., lorsqu'ils intentent des actions à Rome, peuvent être reconventionnellement poursuivis, ce n'est pas par ce motif, c'est parce que la raison pour laquelle on les exempte de la compétence du Préteur romain fait ici défaut. On ne veut pas que la mission qu'ils accomplissent leur devienne préjudiciable, ce qui arriverait si l'on pouvait profiter de leur présence à Rome pour les y actionner et les y retenir ainsi après cette mission terminée. Mais, dès qu'ils profitent eux-mêmes de leur présence à Rome pour y intenter des procès, il n'y a plus d'inconvénient sensible à autoriser contre eux des actions reconventionnelles. On a de plus l'avantage de pouvoir soumettre les deux demandes au même juge, mais ce n'est pas la raison déterminante qui les prive ici de leur privilège, et les fait rentrer dans le droit commun, c'est-à-dire la compétence du magistrat Romain à l'égard de tout citoyen se trouvant à Rome (2).

Ce texte ne prouve donc pas que la *mutua petitio* prorogeât la compétence du magistrat, c'est-à-dire permît, par exemple, à un président de province devant qui une action était intentée, de connaître de l'action reconven-

(1) Aussi, dans le texte de Paul, y avait-il très probablement : *Romæ*, à la place de l'expression vague : *in aliquo loco*, que lui ont sans doute substituée les compilateurs.

(2) L. 33, D. *Ad municipalem*, 50, 1.

tionnelle dirigée contre le demandeur domicilié dans une autre province (1).

Sous Justinien cette prorogation de juridiction n'est pas douteuse, il y a un véritable *forum reconventionis* constitué devant le tribunal saisi de la demande principale, ainsi que nous le verrons tout à l'heure en étudiant la L. 14, C. *De sententiis*, 7, 45.

En était-il de même à l'époque classique ? On a vu que la question est controversée ; mais cette controverse n'a pas d'importance au point de vue qui nous occupe. Car il nous suffit de démontrer que l'on faisait exception aux règles ordinaires de la procédure dans le but de soumettre la demande reconventionnelle au même juge, pour prouver l'importance extrême attachée par les Romains à cette réunion des deux demandes. Il n'est pas nécessaire de prouver que ces dérogations allaient jusqu'à permettre à un magistrat de condamner reconventionnellement un demandeur qui ne serait pas son justiciable *ratione loci*.

On invoque en faveur de la prorogation de compétence deux textes, dont le premier nous paraît avoir été inexactement interprété.

C'est la L. 11, § 1, D. *De jurisdictione*, 2, 1 :

Gaius, libro I ad Edictum provinciale : *Sed et si mutuæ sunt actiones et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei qui quantitam minorem* (2) *petit ; ne in potestate calum-*

(1) Cette question a été vivement discutée entre les Docteurs. Pour la négative, voyez : Zimmern, *Traité des actions*, § 100 ; Lair, p. 63 ; M. Bonjean, *Traité des actions*, et Tempier, *De la Reconvention*, n° 35 ; Blanck, *Mehrheit der Processzstreitigkeiten*,, p. 88. ; Wetzell, *System*, p. 454, note 69 ; comp. Renaud, *Civilprocesz*, § 39, note 4. Pour l'affirmative ; Dernburg, p. 249, et Savigny, *System*, t. 5, p. 330 et s., et note *e*, p. 338 et s.

(2) Pothier, *Pandectæ justinianeæ*, h. t. n° 20, conjecture assez arbitrairement qu'il faut remplacer ici *minorem*, par *majorem*.

niosa adversarii mei sit, ne apud eum (1) *litigare possim.*

« Mais, même s'il s'agit de demandes réciproques, et que l'un réclame une somme inférieure, l'autre une somme supérieure (à la compétence du même magistrat municipal), celui qui demande la somme inférieure agira devant ce même magistrat, pour qu'il ne puisse pas dépendre d'un adversaire chicaneur de l'empêcher d'agir devant ce magistrat. »

Des controverses se sont élevées sur l'interprétation de ce texte, mais il était un point sur lequel tout le monde s'accordait. On admettait unanimement, mais à tort, que le jurisconsulte partait de l'idée que les deux affaires devaient nécessairement être soumises au même juge. Cela posé, deux voies s'ouvraient pour arriver à ce résultat : renvoyer les deux affaires devant le juge compétent pour apprécier la demande la plus forte (2), ou étendre la compétence du juge inférieur et lui permettre de connaître aussi de la demande la plus forte.

Quelques auteurs ont pensé que Gaius prenait le premier parti : renvoi au magistrat supérieur (3). Au premier abord on serait en effet tenté de traduire les mots : « *apud eundem judicem agendum est ei qui quantitatem minorem petit* » en ces termes : celui qui réclame la somme infé-

(1) Les Florentines, avant leur correction par une main antique, portaient : *eundem* : De même une correction du manuscrit de Paris. Voyez Mommsen *ad. h. legem.*

(2) Dans ce sens, Savigny, *System*, t. VI, p. 331, note 1, et aussi, en substance, Bethmann-Hollweg, *Procédure civile*, t. II, p. 465, note 45.

(3) Savigny, *System*, VII, p. 331, note *e*; Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, II, p. 465, note 45 ; Desjardins, p. 182. — C'est la solution que donne facultativement la L. du 6 juin 1838 sur les justices de paix, art. 8, 3e alinéa : « Si la demande reconventionnelle ou en compensation excède les limites de sa compétence, il pourra, soit retenir le jugement de la demande principale, soit renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal de première instance. »

rieure doit agir devant le même magistrat (sous-entendu : que celui qui réclame la somme supérieure).

Mais, si l'on rapproche le § 1 du *principium* du même fragment, on voit qu'il faut traduire, comme nous l'avons fait, *eundem judicem* par « le même magistrat », celui dont il a été question au *principium*, ainsi conçu :

Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis (1) *sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus, apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit, quæ sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

« Si le demandeur intente contre le défendeur plusieurs actions, dont chacune prise isolément rentre dans la compétence du *duumvir*, mais qui réunies la dépassent, Sabinus, Cassius, Proculus ont décidé qu'on peut néanmoins agir devant ce magistrat *(apud eum)* et cette décision a été confirmée par un rescrit de l'empereur Antonin. »

Après cela le jurisconsulte continue en ces termes : « Mais, même (sed *et* si) s'il y a des demandes réciproques, l'une n'excédant pas et l'autre dépassant les limites de la compétence du magistrat, celui dont la demande n'excède pas la compétence agira devant le même magistrat ». On doit naturellement entendre par là le magistrat municipal dont il vient d'être question.

Dès lors, il faut aussi repousser l'opinion des auteurs(2) qui admettent que le créancier de la somme dépassant la compétence du magistrat municipal, devait porter sa demande devant ce magistrat. D'abord on ne voit pas pourquoi il y serait contraint. Remarquez en effet que

(1) A la place de *judicantis*, Lenel *(Pal.*, I, p. 189, n. 6) conjecture que Gaius avait écrit : *duumviri.*

(2) Dernburg, p. 251 ; Planck, *op. cit*, p. 73 et s.; Cujas, *ad tit. de jurisdictione;* Pothier, *Pandectæ, eodem*, n° 20.

Gaius ne suppose pas du tout que ce soit ce créancier-là qui intente la demande reconventionnelle ; il n'indique pas quelle demande a été formée la première ; il suppose des demandes réciproques : « *sed et si mutuæ sunt actiones.* » Il se peut donc fort bien que ce soit la créance la plus faible qui soit l'objet de la demande reconventionnelle ; de quel droit cette dernière imposerait-elle à celui qui intente l'action principale l'obligation de se soumettre au juge inférieur ? Cela n'est pas possible !

Gaius dit tout simplement que l'existence d'une demande formée par l'une des parties, et dépassant les limites de la compétence du magistrat municipal, n'a pas pour effet de lui enlever la connaissance de l'autre demande, qui n'excède pas cette compétence, et pourquoi ?

Parce qu'autrement il eût été au pouvoir d'un adversaire chicaneur d'enlever à son créancier le moyen d'obtenir devant le magistrat du lieu une justice prompte et économique, puisque cet adversaire n'aurait eu qu'à former en même temps une demande excédant la compétence du magistrat local. Non ! le magistrat inférieur restera saisi de la demande qui rentre dans sa compétence, et quant à celle qui la dépasse, on la portera devant le magistrat supérieur compétent (1). Malgré l'utilité parfaitement reconnue de porter les demandes réciproques devant un même juge, on ne peut, ni prêter les mains à la chicane en forçant le créancier d'une faible somme à aller plaider au loin devant un tribunal plus élevé, ni obliger le créancier de la somme la plus forte à accepter la juridiction d'un juge inférieur, parce qu'il a plu à son adversaire de lui réclamer en même temps une créance plus faible.

(1) De même chez nous, l'art. 8 de la loi de 1838, cité plus haut, permet au juge de paix de retenir le jugement de la demande principale rentrant dans sa compétence, et de renvoyer l'autre devant les juges compétents.

On ne distingue pas selon l'ordre dans lequel ont été lancées les assignations : ce serait alors le prix de la course ! D'ailleurs, les parties auraient eu un moyen bien simple d'empêcher cette réunion des deux instances. Le premier assigné n'aurait eu qu'à attendre la délivrance de la formule à son adversaire, avant d'intenter lui-même son action. Qui empêche le créancier de la somme supérieure de se désister momentanément, de laisser le créancier de la somme moindre introduire son action, et de l'assigner de son côté devant le magistrat supérieur compétent pour connaître de sa demande ? Chacune des deux demandes aurait alors été portée devant le juge compétent. La demande reconventionnelle n'est pas encore *obligatoire :* elle ne le deviendra qu'en vertu de la Novelle 96, d'après laquelle le défendeur qui a des droits à faire valoir contre le demandeur doit s'adresser au juge de la première action, et ne peut intenter devant un autre juge une action séparée qu'après la sentence rendue sur cette première. Mais, jusqu'à Justinien, le défendeur est resté libre de porter sa demande devant le juge compétent, et non devant le tribunal saisi de l'action principale.

Ainsi la L. 11, § 1, D. *De jurisdictione* ne prévoit pas un cas de renvoi devant un même juge. Mais elle n'en montre pas moins indirectement que ce renvoi était la règle, et qu'on n'y déroge ici que par crainte de favoriser la chicane.

Ce qui a égaré tous ceux qui se sont occupés de ce texte, c'est qu'ils sont partis de deux idées préconçues entièrement étrangères à ce fragment :

La première, qu'il fallait nécessairement renvoyer les deux demandes devant le même juge ;

La seconde, que la demande principale portait sur la plus faible somme, et la demande reconventionnelle sur la plus forte.

Ce fragment est donc étranger à la question de prorogation de juridiction.

3. — Mais il est un autre texte qui nous montre que, pour soumettre les deux actions au même juge, on va même jusqu'à déroger aux règles ordinaires de la procédure.

Certaines réclamations, comme celles relatives aux honoraires des professeurs de rhétorique, des médecins, etc., ne donnaient pas lieu à des actions ordinaires : il n'y avait là ni mandat ni louage de services ; ces affaires faisaient l'objet d'une *cognitio extraordinaria :* le Préteur ou le Président de la province statuait lui-même. S'il se produisait alors de la part du défendeur une demande reconventionnelle rentrant dans le cadre des actions ordinaires, devait-elle suivre la procédure usuelle, être renvoyée devant un juge au moyen d'une formule, ou bien le Préteur pouvait-il en retenir la connaissance pour la juger avec la demande principale ? Ulpien se décide en ce dernier sens. Cela est assez étonnant, dit Dernburg, car la *cognitio extraordinaria* est un *forum speciale causæ*, dont la compétence ne semble pas pouvoir être étendue en dehors des cas spéciaux pour lesquels elle est réservée.

L. 1, § 15, D. *De extraord. cogn.*, 50, 13 : Ulpianus libro VIII de omnibus tribunalibus :

Hæc omnia si apud præsides petantur, videamus an de mutuis petitionibus possint præsides cognoscere ? Et putem debere admitti.

« Ces réclamations étant portées devant les Présidents de province, peuvent-ils connaître des demandes reconventionnelles ? Je crois qu'il faut l'admettre. »

Papinien semble avoir été du même avis. Nous rattachons à cette matière la réponse de ce jurisconsulte rapportée par Justinien dans la L. 14, C. *De sententiis*, 7, 45 (530) :

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quæstionibus suis rite disposuit non solum judicem de absolutione rei judicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, hujus modi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione quod non competens judex agentis esse cognoscitur. Cujus enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.

« Papinien, cet homme de génie, ayant décidé avec raison dans ses Questions que le magistrat pouvait, non seulement absoudre le défendeur, mais encore condamner le demandeur, s'il y avait lieu, nous voulons non seulement confirmer, mais encore étendre cette décision. Il sera loisible au magistrat de condamner le demandeur à donner ou à faire, sans que ce demandeur puisse lui opposer qu'il est incompétent à son égard à lui demandeur. Puisqu'il s'est soumis comme demandeur à sa juridiction, il ne doit pas la dédaigner comme défendeur. »

D'après Savigny *(System,* VI, p. 340), Papinien aurait eu en vue un cas d'action de bonne foi. Le défendeur, qui aurait pu intenter l'*actio contraria* et la porter devant le même juge, s'est abstenu de demander une formule, parce qu'il pensait que sa créance ne dépassait pas celle de son adversaire et qu'il lui suffirait d'opposer la compensation. Mais, vérification faite, la créance du demandeur se trouve réduite, en sorte que celle du défendeur devient la plus forte. Dans ces conditions, le juge aurait eu le droit de condamner le demandeur à la différence.

Pour démontrer qu'il s'agit ici d'une action de bonne foi (et par conséquent d'un rapport synallagmatique), Savigny s'appuie sur les mots : « *in eodem negotio* » de

la fin de la constitution, et sur les mots : « *aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare* », qui rappellent l'*intentio* des actions de bonne foi.

Mais une décision de Papinien en ce sens serait inconciliable avec les principes fondamentaux de la procédure classique. Car le juge reçoit sa compétence de la formule, et il est impossible d'imaginer de quel droit il condamnerait le demandeur sans en avoir reçu le pouvoir (1).

Les mots : *in eodem negotio*, dont se sert Justinien à la fin de la constitution, ne suffisent absolument pas pour fonder une solution aussi extraordinaire, car dans la langue du Bas-Empire ils peuvent fort bien dire : « dans le cours de la même instance (2) ». Quant à la phrase : « *aliquid*

(1) Naber, *op. cit.*, t. XXI, p. 39 (13), reconnaît qu'il est contraire à la nature de la formule de condamner le demandeur par suite de l'exception de dol. Mais, ajoute-t-il, c'est justement pour cela qu'on invoque ici l'autorité du prince des jurisconsultes : « *id igitur causæ est cur provocetur ad summi jurisconsulti auctoritatem.* » Remarquez que c'est Justinien qui rapporte cette réponse de Papinien ; que cette décision fût ou non conforme aux principes de la procédure formulaire, cela importait peu à l'empereur byzantin. D'ailleurs, cette manière de comprendre le rôle de Papinien, employant l'autorité de sa science à méconnaître les règles les plus évidentes de la procédure, nous remplit, et remplira aussi tout lecteur, du plus profond étonnement. Voyez un raisonnement analogue, chapitre v, n° 4, p. 276, note 2, et chapitre vi, § 8.

(2) Remarquons en passant combien le motif est inepte : le demandeur, dit Justinien, ne doit pas dédaigner d'être jugé lui-même par celui devant qui il a porté sa demande. Comme s'il était libre de choisir ! Comme s'il n'était pas forcé d'agir devant le juge du défendeur : *Actor sequitur forum rei !*

« Ce ne serait pas une marque de dédain, dit M. Desjardins (p. 187), qu'il lui donnerait en demandant son renvoi devant son propre juge, quand il serait poursuivi à son tour. Après s'être conformé aux règles de l'organisation judiciaire dans l'action qu'il intentait, n'aurait-il pas le droit d'exiger qu'on s'y conformât également dans celle qui est dirigée contre lui ? »

Et dire que l'on a pris souvent (des canonistes notamment) ce motif stupide pour base d'un raisonnement ! Nous ne nous lasserons pas de le répéter : un obstacle sérieux aux progrès de la connaissance du droit romain, c'est la trop haute opinion qu'on s'est faite de la capacité des ministres de Justinien.

daturum vel facturum pronunciare », comme elle est de Justinien, il n'y a aucun argument à en tirer, ces mots ayant depuis longtemps perdu leur sens technique. Il y aurait une extrême imprudence à prendre pour base d'un raisonnement les termes employés par les ministres de Justinien, qui ne brillent guère par la précision. Leur irréflexion, qui se trahit dans ce texte même (v. p. 232, n. 2), ne nous permet d'accepter que sous bénéfice d'inventaire ce qu'ils nous rapportent de l'opinion de Papinien.

Le cas prévu par Papinien doit être un cas où les pouvoirs du juge n'étaient pas déterminés par la formule, sans cela on eût vu, par cette formule même, s'il avait ou non le droit de condamner le demandeur. Pour l'époque classique, cela nous force à songer aux *cognitiones extraordinariæ*.

Papinien avait en vue le cas prévu par Ulpien dans la L. 15, D. *De extraord. cognitionibus,* 50, 13, et tranché par Ulpien, non sans quelqu'hésitation (1), dans le même sens, ainsi que nous venons de le voir.

Le magistrat saisi d'une demande qui forme l'objet d'une *cognitio extraordinaria* connaîtra des demandes reconventionnelles, même lorsque, par leur nature, elles auraient été renvoyées devant un juge, si elles s'étaient présentées comme demandes principales. On suppose que le défendeur les produit au cours de la procédure sur la demande principale, car de demande reconventionnelle tacite il n'en saurait être question, aucune condamnation ne peut être prononcée sans une demande (2).

(1) « *Et puto debere admitti.* » Voyez *supra* p. 230.

(2) M. Desjardins, p. 190 et s., a tort d'employer l'expression : « demande reconventionnelle tacite » qui prête à l'amphibologie, mais voici comment il l'entend :

« La reconvention est tacite en ce que le défendeur est censé avoir accompli en temps utile les formalités nécessaires pour intenter une *mutua petitio.* Mais ce serait se faire une fausse idée que de croire que

Cela posé, imaginons que la créance invoquée par le défendeur soit plus forte que celle du demandeur : celui-ci pourra être condamné à la différence ; voilà la décision de Papinien.

4. — Sous l'empire de la procédure extraordinaire, les demandes reconventionnelles sont vues d'un œil de plus en plus favorable par le législateur byzantin.

Cette demande reconventionnelle était-elle soumise à des formes spéciales qui la distinguaient d'une simple défense ? Cela est probable. Mais fallait-il, comme pour la demande principale, un *libellus conventionis* notifié par huissier *(executor litium)* ? On peut en douter. Fallait-il qu'elle fût intentée dès le début de l'instance ? M. Desjardins le croit. « Il est probable, dit-il, que par équité on dût astreindre le défendeur à présenter sa mutuelle demande dès le commencement du procès. »

A l'appui on peut dire que, sous la procédure formulaire, pour que la *mutua petitio* fût renvoyée devant le même juge, il fallait très probablement que la seconde formule fût sollicitée en même temps que la première (voyez *supra*, p. 222). Or, beaucoup de règles de l'ancienne procédure ont passé dans la nouvelle. Mais quand Justinien, par la Novelle 96, chap. 2 (1), rend la demande reconventionnelle obligatoire en un certain sens, il exige aussi qu'elle soit formée *mox a principio*, donc dès le début de l'instance. Si cela avait toujours existé, Justinien aurait-il songé à le dire? La question est donc douteuse : mais ce qui me porterait à croire que sous la procédure extraordinaire la demande reconventionnelle était admise

le défendeur puisse se dispenser de solliciter la condamnation du demandeur... Autrement le juge devrait condamner le demandeur d'office, ce qui est inadmissible. » On voit que la dissidence porte seulement sur les mots.

(1) Voyez plus bas p. 236.

en tout état de cause, ce sont les abus des demandes en compensation formées *in extremis* et dont parle Justinien, L. 14, C. h. t. Or, sous la procédure extraordinaire, la compensation s'opère toujours par l'effet d'une demande reconventionnelle, ainsi que nous le verrons, chapitre v, nos 8 et 12.

Nous venons de voir que dans la L. 14, C. *De sententiis*, 7, 45, Justinien généralisait la solution de Papinien ; la demande reconventionnelle sera toujours recevable, alors même que le magistrat devant qui elle est portée n'aurait pas été compétent, *ratione loci* par exemple, pour en connaître si elle avait été formée comme demande principale.

Est-ce là vraiment une innovation ? Cette prorogation de juridiction existait-elle déjà à l'époque classique ? Nous avons vu que la question est controversée. Sans doute la constitution semble présenter la mesure comme une innovation ; mais peut-on avoir, en la science des rédacteurs de ces constitutions, plus de confiance qu'en leur intelligence ? On n'a pas oublié le motif inepte qu'ils donnent de leur décision.

D'un autre côté, il existe aux Basiliques (1) une constitution de Zénon que Cujas a traduite en latin et transportée au Code, où elle forme la L. 5, C. *De fructibus et litis expensis*, 7, 51, qui semble considérer la prorogation de juridiction, en cas de demande reconventionnelle, comme une règle déjà établie :

Voici la traduction latine qui figure dans l'édition du Code de P. Krueger :

§ 1. *Ac non tum solum actor et reus condemnetur, cum in utrumque judex judicandi potestatem habet, sed etiam cum in actorem eam non habet, is autem ex contraria*

(1) Basiliques, IX, 3, 69.

actione victus fuerit, quoniam illum judicem recusare non potest... (1).

« Non seulement le demandeur et le défendeur sont condamnés (aux dépens) lorsque le magistrat a le pouvoir de les juger tous les deux, mais même lorsqu'il n'a pas ce pouvoir à l'égard du demandeur, et que ce demandeur a été vaincu par suite d'une action reconventionnelle, parce qu'il ne peut récuser ce magistrat (2). »

Cette constitution ne figurant pas au Code de Justinien, ses ministres l'auront ignorée ; c'est pourquoi (L. 14, C. 7, 45) ils présentent la mesure en question comme une innovation.

Enfin, la Novelle 96, chap. 2, considéra l'exercice de l'action reconventionnelle devant le même tribunal, non plus seulement comme un droit, mais comme une obligation du défendeur (3).

Le défendeur, qui a quelque prétention à faire valoir contre le demandeur, est tenu de la présenter comme demande reconventionnelle devant le juge saisi de la demande principale, et cela dès le début du procès, c'est-à-dire sans doute avant la *litis contestatio*. Si non, le défendeur ne pourra intenter son action qu'après la sentence rendue sur la première affaire. Cependant, le défendeur qui ne voulait pas soumettre sa demande reconventionnelle au juge saisi de la demande principale, avait alors une ressource, c'était de récuser le premier juge dans les vingt jours après l'assignation, et de demander le renvoi des deux affaires devant un autre juge.

Les rédacteurs de la constitution n'ont pas compris que

(1) Cujas traduisait à peu près de même : *Neque tantum actor atque reus (in expensas) condemnantur cum non est judex actoris competens, qui tamen ex reconventione victus sit, nec eum judicem recusare possit.*

(2) Καταδικαζομένου μὴ μόνον τοῦ ἐνάγοντος καὶ τοῦ ἐναγομένου, ὅτε πρόσφορος ἑκατέρῳ ἐστὶν ὁ δικαστής, ἀλλὰ κἂν τοῦ ἐνάγοντος ἀπρόσφορος ἐστιν, ἡττηθῇ δὲ ἐξ ἀντεναγωγῆς μὴ δυνάμενος ἐκεῖνον τὸν δικαστὴν παραιτήσασθαι.

(3) Savigny, *Système*, trad. n° 289.

c'était ouvrir la porte toute grande à une manœuvre du défendeur, qui n'aura qu'à simuler une demande reconventionnelle pour récuser le premier juge quand il ne lui plaira pas.

En résumé, la législation romaine a toujours marché dans le même sens et tendu à faire vider par le même juge tous les litiges existant entre les mêmes parties. Dès le début, sous le régime formulaire, l'exception *litis residuæ* forçait le demandeur à présenter à la fois toutes ses réclamations ; dans le dernier état du droit, une obligation analogue pèse sur le défendeur. C'est toujours la même idée qui inspire la solution : on espère ainsi, non seulement gagner du temps, économiser des frais, mais encore juger mieux.

Section II. — Des demandes reconventionnelles tendant à une compensation.

5. La demande reconventionnelle était renvoyée devant le juge de l'action principale. — **6.** Il y avait alors deux formules distinctes, sauf le cas de demande reconventionnelle née *ex eadem causa* dans les actions de bonne foi. — **7.** Dans le cas de formules distinctes le juge ne pouvait, selon nous, opérer de compensation entre les condamnations qu'il avait à prononcer sur chaque formule : Sénèque, *de Beneficiis,* VI, 4-6. — **8.** Dans l'action *familiæ erciscundæ*, au contraire, le juge peut compenser les condamnations, précisément parce qu'il n'y a qu'une seule formule, L. 52, § 2, D. *Familiæ ercis.*, 10, 2. — **9.** Même sous Alexandre Sévère, le juge prononçait deux condamnations sans opérer de compensation ; seulement, en vertu de constitutions impériales, la condamnation sur la demande principale ne devenait exécutoire qu'après le jugement rendu sur la demande reconventionnelle : L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8. Remarques exégétiques. — **10.** Ce texte ne prouve nullement que le juge saisi de deux demandes dût faire la compensation lui-même, mais seulement qu'il devait rendre les deux sentences en même temps. — **11.** Date probable des constitutions dont parle ce texte. Traces qu'elles ont laissées dans les sources : L. 1, C. *Rerum amotarum*, 5, 21 ; L. 6, C. h. t. — **12.** Le mot de *compensatio* est pris souvent dans le sens de *mutua petitio* aboutissant à une compensation : L. 36, D. *De administratione et periculo tutorum*, 26, 7 ; L. 7, D. *Rerum amotarum*, 25, 2 ; L. 11 C. *Depositi*, 4, 34. — **13.** Comment s'opérait alors la compensation ? Les parties, devenues par les deux sentences réciproque-

ment créancières de sommes déterminées et exigibles, étaient nécessairement amenées à une compensation conventionnelle, car celle qui aurait voulu, par l'action *judicati,* poursuivre l'exécution de la condamnation rendue en sa faveur, sans en retrancher le montant de celle prononcée contre elle, se serait heurtée à l'exception de dol.

5. — Lorsque le défendeur n'était actionné ni par un argentarius, ni par un bonorum emptor, et que sa créance ne naissait pas de la même cause que celle de son adversaire, n'avait-il pas cependant le moyen d'arriver à la compensation, en intentant une demande reconventionnelle ? Il est certain qu'il pouvait demander la délivrance d'une formule à son profit, et faire renvoyer l'affaire devant le juge déjà nommé pour statuer sur la demande principale.

En vain M. Desjardins (1) objecte-t-il qu'il ne dépend pas du magistrat de renvoyer plusieurs causes devant le même juge, car ce n'est pas lui qui choisit le juge à son gré dans chaque affaire ; le juge doit en principe être agréé par les parties (2).

Mais de deux choses l'une : ou le premier juge a été agréé par les parties, donc par le demandeur, et alors comment ce demandeur pourrait-il le récuser comme juge de l'action reconventionnelle ? Ou bien on s'est passé de l'agrément du demandeur pour nommer le juge de l'action principale, et alors pourquoi en aurait-on besoin pour choisir celui de l'action reconventionnelle ?

On a vu d'ailleurs, à la section précédente, combien les Romains attachaient d'importance à ce renvoi devant un seul et même juge, de toutes les affaires entre les mêmes parties.

Reste à savoir si en pareil cas les formules d'action ne recevaient pas quelques modifications, et si le juge pouvait opérer la compensation.

(1) P. 166.
(2) M. Desjardins cite à ce propos Cicéron, *Pro Cluentio*, 43.

6. — Si la demande reconventionnelle porte sur une créance née d'une autre cause que celle qui forme l'objet de la demande principale, il est clair qu'il y aura deux formules distinctes (1).

Mais, dans les actions de bonne foi, on peut se demander si le Préteur ne réunissait pas les deux formules en une seule, lorsque le défendeur intentait une action reconventionnelle née *ex eadem causa ?*

On peut l'admettre avec Dernburg (2). Très probablement, dit-il, la *demonstratio* n'était écrite qu'une seule fois.

Pourquoi la répéter deux fois identiquement dans les mêmes termes?

Dès lors, rien n'empêche d'aller plus loin et de supposer que l'*intentio* était ainsi rédigée :

Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio, aut Agerium N. Negidio, dare facereve oportet ex bona fide.

Dans tous les cas le juge ne prononçait de condamna-

(1) Chose étrange, M. Desjardins, qui tout à l'heure ne permettait pas au Préteur de renvoyer les parties devant le même juge avec deux formules distinctes, admet qu'il pourrait, ce qui est beaucoup plus grave, délivrer une formule unique, malgré la différence d'origine des créances. Naturellement alors tout serait jugé par le même juge : « ne pouvait-il pas, dit-il, rapporter dans la *demonstratio* les prétentions contraires des adversaires, et modifier l'*intentio* en y insérant les mots : *quidquid ob eam rem alterum alteri dare facereve oportet?* Il n'y aura alors qu'une seule *intentio*, une seule *condemnatio*.

« Toutefois, ajoute l'auteur cité, cela ne serait pas possible lorsque l'une des actions serait une *condictio certi* », sans doute parce qu'il faudrait modifier plus profondément la formule, en rendant *incertæ l'intentio* et la *condemnatio* qui doivent être *certæ*. Mais, ce mélange d'affaires disparates dans une même formule est tout ce qu'il y a de plus contraire à l'esprit d'analyse de la procédure civile romaine. Nous verrons d'ailleurs plus loin un texte décisif de Sénèque en sens contraire *(De beneficiis*, liv. VI, chapitre v *in fine*, verbis : *non confunditur formula.*

(2) Dernburg § 29. Dans le même sens Savigny, *System*, t. V, § 289, p. 233 ; Keller, § 90, note 1133 ; Rudorff, *Rechtsgeschichte*, t. II, p. 47. — Plutôt contre : Bethman-Hollweg, *Procédure civile*, t. III, p. 283 note 38.

tion que contre l'une des deux parties, puisque dans ces actions il a le pouvoir d'opérer la compensation. La *condemnatio* pouvait donc être ainsi conçue :

Judex N. Negidium A. Agerio, aut A. Agerium N. Negidio condemna, s. n. p. a. (1).

Mais, dans tous les cas où la créance reconventionnelle naît *ex dispari causa*, il y a sûrement deux formules ; cela est certain pour le temps où écrivait Sénèque (2).

Primitivement, rien n'empêchait le juge saisi des deux actions de prononcer sa sentence sur l'une d'elles avant de statuer sur l'autre, notamment si l'une des prétentions était liquide, tandis que l'autre exigeait un plus long examen. Nous verrons tout à l'heure que des constitutions impériales vinrent enlever au juge cette faculté.

7. — En supposant que les deux sentences fussent prêtes en même temps, le juge pouvait-il opérer la compensation, et ne condamner que l'une des parties, ou bien devait-il prononcer, le cas échéant, deux condamnations, laissant aux parties le soin d'opérer une compensation conventionnelle.

A priori, cette dernière solution cadre seule avec les principes du système formulaire. Saisi de deux formules, le juge doit exécuter à la lettre les deux missions dont il a été chargé ; cela fait, son rôle est terminé. Où puiserait-

(1) En ce sens on peut invoquer les expressions de la L. 34, § 1, D. *Mandati*, 17.1 : *Est mandati actio* INTER NOS; celles de la L. 41, *eod.* : *Potest et ab una duntaxat parte mandati judicium dari;* L. 17, § 1, D. *Commodati*, 13, 6 : *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceteræ quæ dicuntur contrariæ.* Quand le premier de ces textes parle d'une action de mandat *inter nos,* il semble n'indiquer qu'une seule formule. Voyez encore, comme favorables à ce système : Gaius, III, § 137, et Cicéron *Topica*, cap. 17.

(2) Senèque, *de Beneficiis,* VI, chap. V *in fine : Non confunditur formula si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi.*

il le droit de ne pas condamner le défendeur quand l'*intentio* de la formule est reconnue fondée?

Il peut sans doute condamner aussi l'autre plaideur sur l'autre action, mais cela fait, le voilà dessaisi : le Préteur ne lui a pas donné mission de combiner les deux condamnations, et, en dehors d'une mission expresse, il n'est plus qu'un simple particulier.

Tel était bien l'état du droit au moment où Sénèque écrivait son traité *de Beneficiis* (1).

On y trouve un passage souvent cité, mais diversement interprété (2) ; pour en bien comprendre le sens, il convient de le reproduire intégralement.

Sénèque s'efforce de prouver qu'un bienfait reçu est ineffaçable. Son jeune ami Liberalis, dont les objections sont destinées à animer la dissertation, conteste cette idée. Le bienfait n'est-il pas effacé lorsque le bienfaiteur a gravement offensé l'obligé ? Suit un développement fort subtil, tendant à prouver que le bienfait subsiste, bien que l'on ne doive plus, dans ce cas, de reconnaissance. Les effets du bienfait sont effacés, non le bienfait lui-même :

« Ce n'est pas le bienfait qui périt, mais la reconnaissance du bienfait, et je ne cesse pas d'avoir, mais je cesse de devoir (3) ».

Pour démontrer ce point, Sénèque recourt à une comparaison juridique :

« Ainsi un homme m'a prêté de l'argent, mais il a brûlé ma maison ; la dette est compensée par le dommage :

(1) Entre 45 et 56 de notre ère.

(2) Sénèque, *De Beneficiis*, lib. VI, § 4-6. Dernburg interprète ce passage comme prouvant que la jurisprudence était alors hésitante, que tantôt le juge opérait la compensation, et tantôt prononçait deux condamnations. Tel n'est pas à notre gré le sens de ce texte.

(3) *Non beneficium tollitur, sed beneficii gratia, et efficitur, non ne habeam, sed ne debeam.*

je ne lui ai rien rendu, et cependant je ne lui dois rien (1)..... Votre fermier n'est plus obligé, bien que le bail persiste, si vous avez foulé aux pieds ses moissons, coupé ses arbres, non parce qu'il a payé ce qu'il avait promis, mais parce que vous avez fait en sorte qu'il ne pût payer. Ainsi un créancier est souvent condamné envers son débiteur, s'il lui a, par ailleurs, enlevé plus que le montant du prêt réclamé. Le juge ne siège pas seulement entre un créancier et un débiteur pour dire au premier : je constate que vous avez prêté de l'argent à cet homme. Mais quoi ! vous avez ravi ses troupeaux, tué son esclave, vous possédez son champ sans l'avoir acheté ; estimation faite, partez débiteur, vous qui êtes venu créancier ! De même, il faut faire un compte entre les bienfaits et les injures... Vous m'avez gratifié d'un bienfait (2), puis vous m'avez fait tort : il vous est dû reconnaissance pour le bienfait, vengeance pour le tort. Eh bien je ne vous dois plus de reconnaissance et vous ne me devez plus d'indemnité : nous serons absous tous les deux (3). »

Il semblerait, à lire seulement ce passage, qu'au temps de Sénèque le juge saisi d'une demande reconventionnelle basée sur une cause même très différente de celle de la demande principale, pouvait opérer la compensation : *Debitor discede qui creditor veneras !*

(1) *Tanquam pecuniam aliquis mihi credidit, sed domum meam incendit; pensatum est creditum damno, nec reddidit illi, nec tamen debeo.*

(2) *De beneficiis*, lib. VI, § 5.

(3) *Colonum suum non tenet, quamvis tabellis manentibus, qui segetem ejus proculcavit, qui succidit arbusta, non quia recepit quod pepigerat, sed quia ne reciperet, effecit.*

Sic debitori suo creditor sæpe damnatur, si plus ex alia causa abstulit quam ex credito petit. Non tantum inter creditorem et debitorem judex sedet qui dicat : pecuniam credidisti. Quid ergo; pecus abegisti, servum ejus occidisti, agellum, quem non emeras, possides ! Æstimatione facta debitor discede, qui creditor veneras. Inter beneficia quoque et injurias ratio confertur..... Dedisti beneficium, injuriam postea fecisti : nec ego illi gratiam debeo, nec ille mihi pænam; alter ab altero absolvitur.

Mais l'interlocuteur supposé du philosophe, vient immédiatement rectifier cette solution ; il se place, lui, au point de vue pratique ; il dédaigne, il veut ignorer les subtilités de l'école ; que se passe-t-il en pratique, au forum, au Palais, comme nous dirions, voilà pour lui la question.

« Que m'importe de savoir que le bienfait subsiste, s'il n'est pas dû. Ce sont là de ridicules subtilités de jurisconsultes, ces gens qui prétendent qu'on n'usucape pas l'hérédité, mais les choses qui sont dans l'hérédité, comme si l'hérédité était différente des choses qui la composent (1) ! Rentrons dans la question. Il s'agit de savoir si, lorsque le même homme qui m'a accordé un bienfait m'a depuis fait tort, je dois lui rendre son bienfait, et néanmoins me venger de lui, si ce sont là comme deux dettes différentes à acquitter séparément, ou bien s'il faut compenser l'une par l'autre et n'avoir plus affaire ensemble, parce que le bienfait est effacé par le dommage, le dommage par le bienfait ?

« Quant à ce qu'on enseigne dans vos écoles de droit, c'est à vous de le savoir ; voici, quant à moi, ce que je vois pratiquer au forum : les actions restent séparées ; et ce que nous réclamons, on nous le réclame aussi. La formule de chacune demeure distincte ; si celui qui a déposé chez moi de l'argent vient ensuite à me voler, j'intenterai contre lui l'action de vol, et lui contre moi l'action de dépôt (2). »

(1) Cela nous montre que l'auteur était assez familier avec les questions de droit. Toutefois, c'est à tort qu'il accuse ici les jurisconsultes de subtilité. L'hérédité est en effet distincte des choses *corporelles* qu'elle renferme, puisqu'elle comprend encore les créances et les dettes. Voyez Gaius, II, § 54.

(2) *Quorsum enim pertinet scire me an maneat quod non debetur? Jurisconsultorum ita acutæ ineptiæ sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quæ in hereditate sunt ; tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea quæ in hereditate sunt! Illud mihi potius distingue, quod potest ad rem pertinere, quum idem homo beneficium mihi dedit, et postea fecit injuriam, utrum et beneficium illi reddere debeam et me ab*

Voilà, ce nous semble quelque chose de net : les actions reconventionnelles sont sans doute possibles, mais le juge n'opère pas de compensation, il faudrait pour lui donner ce pouvoir que les deux formules fussent réunies en une seule, car alors il n'y aurait qu'une seule condamnation à prononcer. Mais il n'en est pas ainsi, et Sénèque insiste sur ce point d'un façon très significative : *non confunditur formula*, chaque action demeure distincte.

Sénèque va-t-il contester ce témoignage de Liberalis sur la pratique du forum ? Bien loin de là, il le confirme : il l'explique en disant que la loi le veut ainsi ; il faut suivre la procédure qu'elle nous impose (1) : pas de mélange entre les actions ! Mais un bienfait n'est pas soumis aux règles rigoureuses des lois ; c'est notre conscience qui statue ici comme arbitre, etc :

« *Les exemples que tu me proposes, mon cher Liberalis, sont assujettis à des lois fixes qu'il est nécessaire de suivre.* Point de confusion entre les diverses lois ; chacune d'elles suit son chemin particulier ; *il y a une action spéciale pour le vol, une autre pour le dépôt.* Mais le bienfait n'est soumis à aucune loi, j'en suis l'unique arbitre. J'ai le droit de comparer entre eux les services qu'un homme m'a rendus et les torts qu'il m'a faits, et de prononcer ensuite s'il m'est dû plus que je ne dois. *Dans les exemples cités rien n'est à ma discrétion ; il faut aller où l'on nous mène.*

illo nihilominus vindicare, ac veluti duobus nominibus separatim respondere ; an alterum alteri contribuere, et nihil negotii habere, ut beneficium injuria tollatur, beneficio injuria. Illud (a) enim video in hoc foro fieri ; quid in vestra schola juris sit, vos sciatis. Separantur actiones, et de eo quod agimus, de eodem nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit : et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi.

(a) Cet *illud* se rapporte à ce qui suit, comme le même mot qui commence la phrase précédente : *Illud mihi potius distingue.*

(1) *Eundum est qua ducimur.*

Dans le bienfait tout est à ma discrétion ; c'est donc moi qui juge le tout ; je ne distingue pas, je ne sépare point, je renvoie les injures et les services devant le même juge (1). »

Conclusion : l'action reconventionnelle et l'action principale mèneront chacune à une condamnation distincte, sauf aux parties à opérer une compensation conventionnelle ; ce sera évidemment le cas normal.

Nous étions déjà arrivés *a priori* à la même conclusion : pour que le juge pût compenser, il faudrait qu'il n'y eût qu'une seule formule.

C'est précisément pour ce motif que, dès le premier siècle de notre ère (2), Urseius Ferox et, plus tard, Julien décidaient que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* pouvait opérer la compensation entre les diverses soultes, auxquelles il se trouvait devoir condamner les héritiers les uns à l'égard des autres, L. 52, § 2, D. *Familiæ erciscundæ*, 10, 2 (3).

On s'accorde en effet généralement à reconnaître (4) qu'il n'y avait qu'une seule formule pour tous les copartageants, et qu'elle devait se terminer ainsi :

(1) *Quæ proposuisti, mi Liberalis, exempla, certis legibus continentur, quas necesse est sequi. Lex legi non miscetur, utraque sua via it: depositum habet actionem propriam, tam mehercule quam furtum. Beneficium nullæ legi subjectum est : me arbitro utitur ; licet me comparare inter se quantum profuerit mihi quisque, aut quantum nocuerit; tum pronunciare utrum plus debeatur mihi, an debeam. In illis nihil est nostræ potestatis, eundem est qua ducimur. In beneficio tota potestas mea est : ego itaque judico illa, non separo nec diduco, sed injurias ac beneficia ad eundem judicem mitto.*

(2) Lenel, *Paling* , Urseius Ferox. Julien, dans son traité *ad Urseium Ferocem*, n'a fait que reproduire son œuvre en l'annotant.

(3) Voyez ce texte plus haut, p. 70.

(4) Lenel, *Das Edictum*, p. 162, 163. Voyez encore L. 10, D. *Finium regundorum*, 10, 1 : *Judicium communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum tale est, ut in eo singulæ personæ duplex jus habeant, agentis et ejus quocum agitur.* Voyez aussi L. 2, § 1, D. *Communi dividundo*, 10, 3 : *In tribus judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, quæritur quis actor intelligatur, quia par causa*

Quidquid ob eam rem alterum alteri (1) *præstare* (2) *oportet ex fide bona* (3), *ejus, judex, alterum alteri condemna, s. n. p. a.*

Dans la L. 52, il s'agit de l'interprétation des mots « *alterum alteri* » de la formule. Imposent-ils au juge l'obligation de prononcer des condamnations distinctes, ou lui permettent-ils de faire la compensation ? Le jurisconsulte décide l'affirmative.

Mais, qu'on le remarque bien, s'il le décide pour l'action *familiæ erciscundæ* en particulier, c'est que c'est là une spécialité de cette action, et non pas une règle générale applicable à tous les cas où des actions réciproques sont portées devant le même juge.

Encore une fois, lorsqu'il y a des formules distinctes, la question ne se pose même pas, le juge a nécessairement deux condamnations à prononcer ; lorsqu'au contraire, comme dans le cas actuel, la mission du juge est de condamner *l'un envers l'autre (alterum alteri)*, il ne manque pas à la *lettre même* de sa consigne en ne pronon-

omnium videtur : sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset. S'il y avait plusieurs formules, les parties seraient successivement demanderesses et défenderesses, et l'on n'aurait pas à se demander qui est demandeur.

Au surplus Naber, *op. cit.*, XXXIV, cite à cet égard un texte décisif, montrant qu'il y aura ici un seul *judicium* (donc une seule formule) et une seule sentence pouvant contenir plusieurs condamnations : L. 27 D. *Fam. ercis*, 10, 2 : Paulus, lib. 23 ad Ed. : *In hoc judicio condamnationes et absolutiones in omnium persona faciendæ sunt, et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit judex non valebit, quia non potest, ex* UNO JUDICIO *res judicata in partem valere, in partem non valere.*

(1) L. 52, § 2, D. 10, 2 : *pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat...*

(2) L. 22, §§ 4, 5, L. 24 pr., L. 25, §§ 16, 22, L.L. 33, 39 *in fine*, L. 44, §§ 2, 3, 8, L. 52, § 1, D. 10,2. Le mot de *præstare* revient dans tous ces textes, et devait probablement se trouver dans la formule.

(3) Inst. IV, 6, § 28 ; L. 9, C., 3,36.

çant qu'une seule condamnation, toute compensation faite (1).

Même à l'époque d'Alexandre Sévère, il en était encore ainsi : autant de formules, autant de condamnations distinctes : jamais le juge ne fondait ensemble deux condamnations, du moins tant qu'a duré le système formulaire. L'esprit d'analyse est poussé si loin, qu'on prononce deux condamnations distinctes pour le capital et pour les intérêts, et cela, non pas seulement dans le cas d'un capital prêté et d'intérêts *stipulés*, hypothèse dans laquelle il y avait deux formules, mais même, semble-t-il, dans le cas où il n'y avait qu'une seule formule, une seule affaire, *una causa*, comme le dit le texte cité (2), en sorte qu'un double appel est nécessaire. Notez que le texte est tout à fait de la fin de l'époque formulaire. Modestin, disciple d'Ulpien, a écrit ses *Regulæ* après la mort de Caracalla (3).

D'ailleurs, compenser et ne prononcer qu'une seule condamnation eût occasionné des difficultés inextricables dans l'hypothèse d'une action infamante, ou croissant au double en cas d'*infitiatio*, c'est-à-dire de contestation par le défendeur.

Si, en pareil cas, le défendeur, actionné en paiement

(1) La même idée est appliquée (le pouvoir de compenser les condamnations réciproques est reconnu du juge de l'action *communi dividundo)* par un texte du code, un rescrit d'Alexandre Sévère : *compensatione pretii invicem facta, eoque, cui res majoris pretii obvenit, ceteris condemnato....* L. 3, § 1, C. 3, 37.

Mais rien ne *forçait* le juge à compenser : il le pouvait, voilà tout : (et placuit *posse* id arbitrum facere, L. 52, D. 10, 2). Un texte de Paul le montre prononçant des condamnations distinctes, même dans l'action *familiæ erciscundæ :* L. 36, D. 10, 2 : .... *a judice invicem adjudicationes et condemnationes factæ sunt.*

(2) L. 17, D. *De appellationibus*, 49, 1. Modestinus libro octavo regularum : *Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum, duplex appellatio necessaria est, ne alteram adgnovisse, de altera provocasse intelligatur.*

(3) Lenel, *Palingenesia*, *Modestinus Regularum libri X.*

d'une somme de mille sesterces, intente une action reconventionnelle en vertu d'une créance égale à celle du demandeur, devra-t-il subir la peine du double et, par conséquent, être condamné à mille sesterces, c'est-à-dire à deux mille moins mille?

Dans une action infamante, comme celle de vol, si le juge compense la condamnation, il absoudra le défendeur, qui échappera ainsi à l'infamie. Il la méritait pourtant: comment pourrait-il en être affranchi parce qu'il se trouvait avant le vol, ou est devenu depuis, créancier du demandeur?

9. — Il n'est donc pas possible qu'à cette époque le juge pût se permettre de compenser les condamnations de deux formules, comme on l'a prétendu par une interprétation erronée d'un texte, d'ailleurs difficile à certains égards.

L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*, 49, 8.

Macer libro secundo de appellationibus (1).

Si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et judex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas, non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicetur. Sed magis est ut appellatio interponatur.

« Si nous nous actionnons réciproquement devant le même juge, ma créance et la vôtre ne portant pas d'intérêts, si le juge me condamne le premier envers vous, pour que vous obteniez le premier condamnation contre moi, il ne m'est pas nécessaire de trancher appel à raison de ce grief, puisque, selon les constitutions impériales, vous ne

(1) Cet ouvrage a été écrit sous le règne d'Alexandre Sévère, voyez L. 1 pr., D. *Si pendente appellatione*, 49, 13: *Imperator noster Alexander*.

pouvez intenter contre moi l'action *judicati*, avant que le juge n'ait aussi statué sur ma demande. Mais il vaut mieux décider qu'il y a lieu à appel. »

Ce texte appelle d'abord quelques remarques exégétiques :

1° Les mots qui le terminent: « *sed magis est ut appellatio interponatur* », nous paraissent interpolés. Est-il possible d'admettre que Macer, après avoir montré par un motif décisif l'inutilité de l'appel, se prononce en faveur de cette mesure, sans donner le moindre argument à l'appui ; en un mot, qu'il raisonne *pour* et conclue *contre ?* Au contraire, reproduire la solution d'un jurisconsulte classique, puis la corriger, sans se donner la peine de motiver le changement autrement que par un : *sed melius est dicere*, ou par des expressions analogues, c'est un procédé qui convient à des compilateurs hâtifs et dont on pourrait aisément trouver d'autres exemples (1).

D'ailleurs, il y avait pour les compilateurs une raison majeure de corriger la solution de Macer : les constitutions défendant de mettre l'une des sentences à exécution avant l'autre avaient été abrogées implicitement par la L. 14, C. h. t., où Justinien permet au juge, quand la créance opposée en compensation n'est pas liquide, de disjoindre les deux instances, de statuer d'abord sur la demande principale, et de réserver la demande reconventionnelle pour un examen ultérieur. Dès lors, sous Justinien, le défendeur condamné avant qu'on ait statué sur sa reconvention doit nécessairement en appeler, pour arrêter l'exécution de la première sentence.

Mais cet appel ne réussira, que si le juge a eu tort de renvoyer à un examen ultérieur une demande suffisam-

(1) L. 6 pr., D. *De pigner. act*, 13,7 : *Melius autem est dici.* Voyez encore L. 9, § 1, D. *De jure dotium*, 23,3 : *Sed benignius est...*

ment liquide. Cette considération a poussé les compilateurs à insérer dans le texte une seconde interpolation, dans le but d'indiquer que c'était par faveur pour le demandeur, et non pas pour de bonnes raisons, que le juge avait condamné l'un des plaideurs le premier : « *quo magis tu prior me condemnatum habeas* ».

L'interpolation se trahit par le vague et l'ineptie de la rédaction. On ne saurait imputer à un grand jurisconsulte voulant expliquer pourquoi le juge m'avait condamné le premier, d'avoir écrit cette redondance puérile qui n'explique rien du tout : le juge m'a condamné le premier, *pour que vous obteniez, le premier, condamnation contre moi!*

A la manière dont Macer pose l'hypothèse : « *Si et mea et tua petitio sine usuris fuit* », on pourrait conjecturer que le préjudice causé au premier condamné est relatif à des intérêts. A l'époque classique, les intérêts couraient contre le *judicatus*, à 24 o/o, dès l'expiration du délai de deux mois donné pour exécuter la sentence(1).

Si donc mon adversaire obtient condamnation avant moi, les intérêts courront à son profit à ce taux énorme, sans courir au mien, pendant un laps de temps égal à l'intervalle des deux sentences.

Mais ce préjudice se produit pour moi tout aussi bien quand ma créance porte intérêt que lorsqu'elle n'en produit pas !

Il se produit encore, que la créance de mon adversaire soit ou non productive d'intérêts, au moins pour la différence entre le taux de ces intérêts et le 24 o/o des *usuræ rei judicatæ !*

Enfin, si les deux créances portaient intérêt, le préju-

(1) Arg. L. 2, L. 3, C. *De usuris rei judicatæ*, 7, 54; L. 13, C. *De usuris*, 4,3.

dice se produirait toujours, au moins pour une différence de taux.

Donc, on a beau tourner et retourner cette solution, on n'aboutit à rien de raisonnable (1).

La phrase d'ailleurs n'est pas correcte ; pourquoi *fuit* à l'indicatif après *si*, alors que la phrase précédente met *petamus* au subjonctif après le premier *si ?* Pourquoi le second *si ?* Il est inutile. Pourquoi cette triple répétition de la conjonction *et*, qui donne à la phrase une allure si gauche (2) ?

Je croirais volontiers que nous sommes en présence d'une troisième interpolation due à l'irréflexion d'un compilateur. Sans se rendre un compte exact du résultat qu'il allait produire, il aura voulu préciser le préjudice naissant de la condamnation précipitée d'une des parties. Du temps de Macer, ce préjudice consistait en ce qu'elle se voyait privée de la compensation, parce qu'elle était forcée d'exécuter avant d'avoir pu faire liquider sa propre créance, et pu opposer alors, et alors seulement, l'exception de dol à l'action *judicati* (3). Le compilateur ne pouvait songer à ce cas, parce que, sous Justinien, si la créance n'est pas liquide, elle ne peut être opposée en compensation. Dès lors, pour préciser le préjudice, il a pensé aux intérêts que la condamnation précipitée allait faire courir, et il lui a paru que ce dommage se voyait plus clairement dans le cas où les deux créances n'en produisaient pas.

10. — Quoi qu'il en soit, toutes ces difficultés exégé-

(1) Pothier, *Pandectæ*, 42,1, n° 6, note *h*, ne voit pas non plus quel intérêt peut avoir la circonstance relevée au texte. L'explication aventureuse de Naber (*op. cit.*, XXXIV), qui ajoute arbitrairement dix-huit mots au texte, n'est pas admissible.

(2) Si apud eumdem judicem invicem petamus, si *et* mea *et* tua petitio sine usuris fuit, *et* judex me priorem...

(3) Voyez plus bas chapitre v, §§ 6 et suiv.

tiques ne touchent en rien la partie du texte qui nous importe :

Secundum sacras constitutiones, judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicetur.

Quel grief a causé au condamné la sentence rendue contre lui avant celle qu'il sollicite ?

Dernburg (1) interprète le texte en ce sens que le juge a fait grief au défendeur en ne statuant pas sur la demande reconventionnelle en même temps que sur la demande principale, parce que cette disjonction l'a empêché de faire la compensation qu'il aurait dû opérer.

Nous contestons absolument que le juge eût pu opérer la compensation, mais nous reconnaissons que la disjonction des deux sentences va enlever au condamné les moyens de faire compenser.

« Toutefois, ce préjudice ne se produit point », ajoute le texte, « parce que les constitutions ordonnent de surseoir à l'exécution jusqu'au jugement rendu sur la demande reconventionnelle. » Ce jugement une fois rendu, le défendeur, dès lors pourvu d'une créance incontestable et liquide, pourra opposer l'exception de dol à l'action *judi-*

(1) P. 263. « La raison de douter (de la nécessité de l'appel) venait de ce que dans le cas en question la sentence ne faisait pas préjudice au condamné, parce que les deux créances étaient improductives d'intérêts, et que par conséquent le moment où se faisait la compensation n'avait pas d'importance (Dernburg oublie ici les constitutions relatives à la cessation du cours des intérêts), mais surtout parce que l'on ne pouvait exécuter la sentence contre le défendeur avant le jugement rendu sur la demande reconventionnelle. Cependant le jurisconsulte se décide en faveur de l'appel, parce qu'en tout cas le droit au jugement simultané et à la compensation n'a pas reçu satisfaction, en sorte que le défendeur a subi un préjudice en la forme. »

On a vu plus haut que la fin du texte, admettant l'appel, est interpolée.

Ce passage de Dernburg vient à l'appui de cette idée, car peut-on admettre l'appel pour un préjudice qui n'a rien de réel, qui n'existe qu'*en la forme ?*

cati et faire ainsi opérer la compensation, comme nous le verrons au chapitre suivant.

On sait que la compensation peut, sans difficulté, être opposée sur l'action *judicati* (1).

Sans ce sursis, le défendeur aurait été privé de la compensation ; voilà ce qui se dégage avec évidence du texte, tandis que, grâce au sursis, ce bénéfice lui est conservé.

Ce fait a une extrême importance. Car enfin, pourquoi le défendeur n'aurait-il pas pu opposer sa créance en compensation sur l'action *judicati* intentée contre lui par le demandeur en vertu du jugement obtenu? Ce n'est pas la litispendance qui peut l'empêcher de faire valoir cette compensation, comme le décide expressément la L. 8, D. h. t., par un motif de bon sens : il ne faut pas que le fait d'avoir formé une demande reconventionnelle empire sa situation (2).

Le motif est bien simple et nous touchons au cœur de la question :

C'est que la compensation s'opérant par l'exception de dol, en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, on ne peut opposer en compensation, ainsi que nous allons le voir au chapitre suivant, qu'une créance absolument certaine, avouée par exemple, ou bien constatée et fixée par l'autorité de la chose jugée, portant d'ailleurs sur une somme d'argent, comme la créance à laquelle on l'oppose.

(1) L. 2. C. h. t., constitution de Caracalla, antérieure par conséquent au texte de Macer : *Eum vero qui judicati convenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.* Cela remonte plus haut encore, car la L. 16, § 1, D. h. t. prévoit un cas où la compensation est opposée avec succès sur l'action *judicati*, or ce texte est extrait du livre III des questions de Papinien, et Fitting a prouvé que ce livre a été écrit sous Septime Sévère, avant que Caracalla eût été associé à l'empire, c'est-à-dire avant l'année 198. Remarquez que le rescrit de Marc-Aurèle n'est antérieur que de vingt à trente ans.

(2) *Ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.*

Or, pour que ma créance réunisse ces conditions, il faut que le juge ait rendu sa sentence sur ma demande reconventionnelle. Si la sentence rendue sur la demande principale était exécutoire avant cela, je serais privé du bénéfice de la compensation, j'aurais un grief légitime, je pourrais en appeler ; l'appel serait ma seule ressource. Mais, grâce aux constitutions qui m'accordent sursis, ce préjudice, je ne le subis pas, ce grief n'existe point : l'appel n'est donc pas nécessaire.

Il ne faut pas faire dire au texte ce qu'il ne dit point. Il ne reproche pas au juge de n'avoir pas opéré la compensation, mais seulement de n'avoir pas rendu les deux sentences en même temps.

Cela, il le pouvait. Opérer la compensation, il ne le pouvait pas.

Sous le système formulaire, où puiserait-il le droit de combiner ensemble et de compenser les condamnations qu'il a reçu mission de prononcer sur chacune des deux formules dont il est saisi (1)?

Qu'il y eut deux formules distinctes, et non réunion en une seule, c'est ce que le texte de Macer lui-même prouve. Sans deux formules distinctes, le juge n'aurait pas même eu la possibilité de juger isolément les deux affaires et de condamner d'abord, sur l'une d'elles, un des plaideurs. Donc, il y avait deux formules, et dès lors on ne voit pas du tout comment il aurait pu procéder à la compensation.

Remarquons enfin que Macer ne songe pas un seul instant à l'exception de dol. Si l'exception de dol était, depuis Marc-Aurèle, le procédé normal pour faire opérer la compensation, comment le défendeur, reconventionnellement demandeur, n'a-t-il pas fait insérer l'exception de dol dans

(1) En s'écartant de la mission donnée par la formule, il s'expose à *faire le procès sien*, c'est-à-dire à engager sa responsabilité personnelle, comp. Gaius, IV, § 52.

la formule de son adversaire, pour obtenir la compensation à laquelle il tend manifestement par sa demande reconventionnelle? Et, s'il a fait insérer cette exception, comment le juge a-t-il pu ne tenir aucun compte de cette exception de dol, basée sur l'existence de la créance reconventionnelle ? L'explication que nous développerons bientôt est bien simple. L'exception de dol ne peut être opposée avec succès que s'il y a dol de la part du demandeur à vouloir être payé ; or, il n'y a dol de sa part qu'autant que la créance reconventionnelle est *certaine* et porte sur des choses fongibles de même espèce, notamment de l'argent. Autant dire qu'il faut que la créance reconventionnelle ait été vérifiée en justice, sanctionnée par une sentence, qui l'a d'ailleurs nécessairement transformée en une créance d'argent. Bref, en cas de demandes réciproques portées devant le même juge, ce n'est pas ce juge qui opère la compensation ; il prononce deux condamnations que, pour plus de simplicité, nous supposerons égales. Après cela, celle des parties qui voudrait par l'action *judicati* poursuivre son adversaire, se heurterait à une exception de dol manifestement bien fondée.

Ce n'est donc point en ne compensant pas que le juge m'a fait grief, c'est en me condamnant tout d'abord, de telle façon que la condamnation pourrait être exécutée contre moi avant que j'aie pu moi-même obtenir sentence, et par conséquent opposer la compensation sur l'action *judicati*, par l'exception de dol. Heureusement que des constitutions impériales ont interdit toute exécution de la première sentence avant le jugement de la demande reconventionnelle (1).

(1) Pour obtenir ce résultat les empereurs n'avaient pas même eu besoin de recourir à la puissance législative qu'on leur reconnaissait déjà (Gaius, I, § 5, L. 1, D. 1,4). Comme tribuns ils pouvaient s'opposer à l'exécution des sentences.

Ce texte nous révèle donc un fait de la plus haute importance pour l'histoire de la compensation.

11. — Quelle peut être la date des constitutions dont parle Macer et qui empêchent l'exécution de la sentence rendue sur la demande principale avant le jugement de la demande reconventionnelle?

Remarquons tout d'abord qu'il y en avait eu plusieurs, puisque Macer en parle au pluriel.

En second lieu, elles devaient être bien connues et d'une application courante, puisqu'il en parle sans désigner les empereurs de qui elles émanent.

Tout cela porte à croire qu'elles n'étaient pas toutes de l'empereur Alexandre, mais devaient remonter à une date antérieure ; il n'est pas invraisemblable de supposer qu'elles émanaient de plus d'un empereur.

Quant à l'existence de ces constitutions, elle est incontestable, et le témoignage de Macer au-dessus de tout soupçon.

C'est là un document que nous pouvons, comme autorité, mettre au même rang que les Commentaires de Gaius, bien qu'il ait passé, lui, par les mains des compilateurs byzantins. En effet, s'ils nous l'ont transmis, c'est *malgré eux*, je veux dire par inadvertance. J'ai déjà fait observer en effet que ces constitutions, et le sursis qu'elles accordent, sont abrogées sous Justinien par la L. 14, C. h. t., qui permet au juge de renvoyer la demande reconventionnelle à un examen ultérieur si elle n'est pas suffisamment liquide, et de prononcer tout de suite la sentence principale, dont l'exécution ne sera plus alors suspendue jusqu'au jugement de l'autre demande.

Nous avons donc ici sûrement le témoignage de Macer, non celui des compilateurs, qui auraient dû plutôt le supprimer. Nous sommes ainsi en présence d'un document sur lequel nous pouvons nous appuyer avec la plus entière

assurance, avec bien plus de confiance notamment que sur un témoignage émané des compilateurs byzantins, dont la science et l'intelligence laissent souvent tant à désirer.

Il reste d'ailleurs au Code une de ces constitutions remarquables, ou tout au moins une application du principe qu'elles posaient.

C'est la L. 1, C. *Rerum amotarum*, 5, 21, contenant une partie d'un rescrit d'Alexandre Sévère de l'an 229. Le commencement du même rescrit nous est fourni par la L. 6, C. h. t.

L. 6, C. h. t. 4, 31 :

Imp. Alexander A. Polydeucæ : *Neque scriptura, qua cautum est accepta quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit, et compensationis æquitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi*... etc.

L. 1, C. 5, 21 :

Imp. Alexander A. Polydeucæ : *Compensationis æquitatem jure postulas. Non enim* PRIUS EXSOLVI *quod debere te constiterit, æquum est,* QUAM PETITIONI MUTUÆ RESPONSUM FUERIT, *eo magis quod ea te persequi dicis, quæ divortii causa amota quæreris. Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eumdem doce tui juris res ablatas esse.* PP. XVI. K. Dec. Alexandro A. III et Dione consulibus (229).

L. 6, C. 4, 31 :

« Le billet portant que tu as reçu des objets, qui ne t'ont pas été livrés réellement, ne saurait t'obliger, et tu invoques avec raison l'équité de la compensation »... (la suite comme dans la L. 1, C. 5, 21, sauf l'absence de la dernière phrase).

L. 1, C. 5, 21.

« Tu invoques avec raison l'équité de la compensation. Il est équitable en effet *que tu ne sois pas forcé de payer* ce que tu seras reconnu devoir, *avant qu'il ait été statué*

sur ta demande reconventionnelle, d'autant plus que tu réclames des choses qui auraient été enlevées par ta femme à l'occasion du divorce. Donc, puisque tu es poursuivi par l'action *ex stipulatu* devant le juge compétent, prouve devant le même juge que des objets t'appartenant t'ont été enlevés. »

Dans la L. 6, C. h. t., il s'agit d'une femme divorcée qui réclame à son mari, par l'action *ex stipulatu*, la restitution de sa dot. Le mari lui oppose deux moyens : 1° Pour une partie de la demande il invoque l'exception *dotis cautæ sed non numeratæ* (1), alléguant que, bien qu'il ait donné reçu de la dot, il y a des objets qui ne lui ont pas été livrés. — 2° En second lieu, il soutient que sa femme, en le quittant, a emporté des objets qui étaient sa propriété à lui mari, et il oppose la compensation de ce chef.

Ainsi, la femme est créancière de la restitution de sa dot : nous ne savons pas d'ailleurs en quoi cette dot consistait. Le mari est créancier de la restitution d'objets enlevés par la femme. Il s'agit de deux actions de droit strict (l'action *ex stipulatu* d'une part et la *condictio furtiva*, dont l'*actio rerum amotarum* n'est que l'euphémisme, d'autre part) formant deux demandes distinctes, l'une principale, l'autre reconventionnelle, deux *mutuæ petitiones*, le texte le dit expressément.

Les mots : « *non enim prius exsolvi quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit* » correspondent parfaitement aux expressions de Macer : « *judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicetur* ». C'est là une application très nette des constitutions en question. L'Empereur n'a d'ailleurs pas l'air de donner une solution nouvelle, mais de s'appuyer sur un principe d'équité déjà reconnu.

(1) L. 1, C. *De dote cauta*, 5,15.

12. — On peut tirer encore deux conséquences importantes de ce texte :

La *mutua petitio* devant le même juge y est présentée expressément comme une manière d'arriver à la compensation, ce qui était sous-entendu dans le texte de Macer :

« Tu invoques à bon droit l'équité de la compensation... Donc, prouve devant le même juge, etc. »

En outre, le texte établit un lien intime entre la compensation, et le sursis à l'exécution de la sentence sur la demande principale : « Tu invoques à bon droit l'équité de la compensation. Il n'est pas équitable en effet que tu *sois contraint de payer* avant qu'il n'ait été statué sur la demande reconventionnelle. » — Le sursis d'exécution et la compensation ont même l'air de se confondre ; obtenir la compensation ou le sursis, il semble que ce soit la même chose ; en effet, comme nous l'avons vu plus haut, pratiquement cela revient au même, puisque les parties réciproquement débitrices de sommes d'argent déterminées, munies même de titres exécutoires en vertu des condamnations prononcées, ne peuvent pas moins faire que d'opérer la compensation : une simple soustraction suffira.

D'autres textes confirment cette manière de voir :

L. 7, D. *De act. rer amot.*, 25, 2 : Ulpianus, libro 36 ad Sabinum.

Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum, et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

« La femme peut intenter l'action *rerum amotarum* contre le mari, et opposer cette action en compensation à l'action *rerum amotarum* que le mari veut intenter contre elle. »

Dans ce texte, il s'agit évidemment de *mutuæ petitiones*, de deux actions *rerum amotarum* réciproques. Ulpien nous

montre que l'action intentée reconventionnellement par la femme, sera pour elle un moyen de compenser ce qu'elle peut devoir au mari à raison des soustractions qu'elle a commises au préjudice de celui-ci.

Les deux dettes étant transformées en argent par les condamnations, et ces condamnations étant prononcées en même temps, la compensation s'impose aux parties : celle au profit de laquelle a été prononcée la plus forte condamnation ne peut visiblement faire exécuter que pour la différence. Prétendre faire payer le tout serait un dol manifeste.

De même dans la L. 36, D. *De administratione et periculo tutorum*, 26. 7 :

Papinianus libro III quæstionum :

Inter tutores divisa tutela est ; æquitas, quæ merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur ; nam divisio tutelæ, quæ non juris est sed jurisdictionis, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec EXPERIRI *cum pupillo* VOLENTIBUS *obstare debet.*

« La tutelle a été divisée entre plusieurs tuteurs ; l'équité, qui forme l'essence même de la compensation, ne souffrira pas d'atteinte à raison des attributions et de la personne du tuteur qui agit, car la division de la tutelle, qui est l'œuvre du magistrat, et non pas celle de la loi (1), n'a pour but que de répartir la gestion entres les tuteurs et n'a d'effet qu'entre eux, mais ne doit pas créer d'obstacle *à ceux qui veulent agir contre le pupille.* »

Remarquons ces derniers expressions : « à ceux qui veulent agir contre le pupille » ; il s'agit donc d'une

(1) Il en est autrement des divers bureaux ou *stationes* du fisc : voyez L. 1, C. h. t. On ne peut opposer à un bureau la créance qu'on a contre un autre bureau. Dans ce cas, la division administrative résulte de la loi. Voyez aussi p. 261, note 2, et chapitre VII *in fine*.

mutua petitio à intenter par le débiteur que le tuteur poursuit. Et dans quel but? Pour s'assurer le bénéfice de la compensation, le début du texte l'indique expressément.

Ce texte doit étonner ceux qui croient (1) que, depuis le fameux rescrit de Marc-Aurèle, l'exception de dol permettait au juge d'opérer *lui-même* la compensation, soit tout simplement par l'insertion de cette exception dans la formule, soit par un procédé plus compliqué.

Car enfin, Papinien, pas plus que Macer, n'a l'air de savoir que la compensation peut s'opérer par l'exception de dol. Non ! Ce n'est pas en invoquant l'exception de dol que le défendeur va opposer la compensation, c'est en intentant une *mutua petitio!* Et Papinien ne semble pas songer qu'il y ait un autre moyen utilisable dans tous les cas.

Donc, ici encore, la *mutua petitio* est présentée comme une manière de faire opérer la compensation.

Et il y a lieu de croire que, dans bien des textes du Digeste et du Code, *compensatio*, *compensare*, désignent une *mutua petitio* intentée dans le but d'aboutir à une compensation (2).

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point (3).

13. — Les constitutions de sursis empêchant toute

(1) Et c'est jusqu'ici, je le crains, l'unanimité des interprètes.

(2) L. 11, C. *Depositi*, 4,34 : « Nullam compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, *quasi ipse quasdam... actiones personales... prætendens* .... sed depositæ res... restituantur... et postea legitimæ actiones integræ ei reserventur. » On oppose en compensation des *actions*, on intente des *mutuæ petitiones* pour arriver à une compensation. — De même dans la L. 16, pr. D. h. t. « Lorsqu'un soldat laisse deux héritiers, l'un pour ses *bona castrensia*, l'autre pour ses autres biens, si un débiteur obligé envers l'un veut compenser avec ce que lui doit l'autre héritier, on ne l'écoutera pas. » Ce texte est extrait, comme la L. 36, D. *De ad. et per. tut.*, expliquée ci-dessus, du livre III des questions de Papinien et en était probablement voisin. Lenel, *Pal.*, Papinien, 85.

(3) Voyez chapitre VII, § 17. Ajoutons encore ici un texte du Code dans

exécution de la sentence rendue sur la demande principale, le demandeur n'avait donc aucun intérêt à voir sa demande jugée en premier lieu. Les deux sentences étaient dès lors rendues en même temps.

Le but évident de ces constitutions, c'est d'aboutir à la compensation entre les résultats des deux actions ; mais comment s'opérait cette compensation ?

Sous l'empire de la procédure extraordinaire, c'est-à-dire depuis Dioclétien, rien de plus simple. Les pouvoirs du juge ne sont plus limités par une formule, il est magistrat, rien ne l'empêche donc d'opérer la compensation entre les deux sentences, et de ne prononcer qu'une seule condamnation.

C'est ce qui devait avoir lieu, même à l'époque formulaire, dans les *cognitiones extraordinariæ* où le magistrat avait à juger quelque demande reconventionnelle (1).

lequel la compensation paraît bien s'être présentée aussi sous la forme d'une *mutua petitio*, L. 8, C. h. t. Gordien :

Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor constitutus est, cum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere cœperit, mutuo debitæ quantitatis apud eum qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies.

« Si ton beau-père, devenu ton débiteur pour avoir perçu les fruits de ton immeuble, te réclame ce que ta mère lui a légué, tu peux à bon droit, devant le tribunal qui jugera cette affaire, opposer en compensation les quantités qui te sont dues réciproquement. »

(1) C'est ce qui résulte clairement de la L. 6, C. h. t. : *Etiam si fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, æquitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.* (Alex. Sevère, 229).

« Même si c'est un fidéicommis, dont tu réclames le paiement à celui à qui tu reconnais devoir une moindre somme, l'équité de la compensation ne permet pas de réclamer les intérêts (de la partie de la dette qui se compense) et tu ne peux plus réclamer que la différence, que tu prouveras exister en ta faveur. »

On sait que les questions de fidéicommis faisaient l'objet d'une *cognitio extraordinaria* et ressortissaient à un Préteur spécial. Ce magistrat devait évidemment opérer la compensation, puisque, selon le texte, le bénéficiaire du fidéicommis ne peut plus réclamer que la différence.

Même dans les affaires ordinaires, c'est ce qui devait se passer en appel, car l'appel était porté devant un magistrat jugeant sans formule, en vertu de son pouvoir propre. Il est vraisemblable que quelques-uns des rescrits rendus en matière de compensation sont intervenus en cause d'appel (1).

Ainsi, toutes les fois que le procès est porté devant un *magistrat*, point de difficulté. Affranchi des liens de la formule, il opère lui-même la compensation entre l'action principale et la demande reconventionnelle.

En dehors de ces cas, le juge, lié par la formule, ne peut compenser.

Cependant, par le sursis accordé au défendeur qui forme une *mutua petitio*, les constitutions impériales ont évidemment voulu favoriser la compensation.

Si donc le juge chargé de statuer sur les deux demandes n'est pas autorisé à la faire, quand s'opérera-t-elle ?

La réponse est des plus simples. Une fois les deux condamnations prononcées, les parties sont investies de deux créances désormais incontestables, portant sur des sommes d'argent déterminées, exigibles, munies même d'un titre exécutoire. Mais, celle d'entre elles qui s'aviserait d'intenter contre l'autre l'action *judicati*, sans réduire expressément sa demande à la différence en sa faveur, commettrait un dol évident, car en dehors de cette différence il réclamerait une somme qu'il devrait lui-même payer à son adversaire :

Dolo facit qui petit quod redditurus est (2).

« Réclamer ce que l'on doit rendre, c'est commettre un dol. »

Cela nous mène à parler du rescrit de Marc-Aurèle.

(1) Par exemple la L. 4, C. h. t., la L. 7, C. *De solutionibus*, 8.42.
(2) L. 8, D. *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4.

CHAPITRE V

LE RESCRIT DE MARC-AURÈLE

1. Bref témoignage des Institutes sur le rescrit. Si l'on admet que ce rescrit, par un procédé quelconque, permettait au juge d'opérer la compensation dans tous les cas, on ne comprend plus les constitutions qui obligent à surseoir à l'exécution de la sentence rendue sur la demande principale, jusqu'après le jugement de la demande reconventionnelle : elles seraient inutiles. Leur utilité se voit clairement, au contraire, si l'on admet que le rescrit statuait sur un cas de créances certaines, liquides, exigibles et portant sur de l'argent. Dans les autres cas, les constitutions en question, par le sursis qu'elles accordent, permettent au défendeur de faire liquider sa créance. Une fois les deux créances vérifiées et liquidées en argent par les deux sentences rendues en même temps, on tombe dans le cas du rescrit qui s'applique alors sans difficulté. — **2.** Sans le rescrit, les constitutions ne peuvent assurer la compensation, car elles se bornent à ordonner un sursis. Le rescrit en est donc le complément nécessaire. — **3.** Réciproquement, sans les constitutions de sursis, on ne voit pas comment le rescrit pouvait amener la compensation, sauf dans le cas où le défendeur invoquait une créance incontestable et liquide. Alors seulement, en effet, l'exception de dol est fondée ; Marc-Aurèle n'a pu créer un dol fictif. — **4.** Caractère des rescrits à cette époque ; ils n'innovent pas sensiblement. Exemples d'autres rescrits des Antonins concernant l'exception de dol. Ces notions permettent de déterminer les caractères que devait avoir le rescrit. — **5.** En premier lieu, vu l'époque, il ne pouvait pas contenir d'innovation législative bien tranchée. Ce caractère exclut les systèmes qui obligent le demandeur à prendre une formule *cum compensatione* ou *cum deductione*. L'exception de dol doit avoir été un moyen de compenser distinct de ceux-là : L. 11, C. *Depositi*, 4, 34. — **6.** En second lieu, le rescrit devait, non pas poser un principe général, mais statuer sur un cas concret, et, dans ce cas concret, il devait y avoir dol de la part du demandeur. Rapprochement avec le cas de l'exception de dol, opposée à raison d'impenses, dans les actions réelles. Elle ne nuit, dans ce cas, que si le demandeur ne paye pas la somme fixée par l'*arbitrium* du juge, ce qui constitue alors un dol manifeste. Le rescrit devait statuer dans une hypothèse où, pour des motifs analogues, le refus de payement constituait un dol certain. Peut-être était-ce dans un cas semblable à celui prévu par Papinien dans la L. 16, § 1, D. h. t. (le défendeur, poursuivi par l'action *judicati*, oppose en compensation une créance résultant aussi d'un jugement). — **7.** L'hypothèse que l'exception de dol était opposée sur l'action

judicati, action évidemment de droit strict, cadre bien avec le témoignage des institutes. On s'expliquerait d'ailleurs tout naturellement, dans notre système, que le demandeur fût totalement débouté par l'effet de l'exception, pour avoir refusé de tenir compte d'une créance incontestable. — **8.** Mais il était bien facile, en divisant la formule, d'éviter ce débouté total et d'arriver à opérer la compensation. Ce procédé était familier aux Romains, L. 21, D. *De rebus creditis*, 12, 1, etc. — Si la créance du défendeur n'est pas certaine, il peut intenter une demande reconventionnelle, jusqu'au jugement de laquelle le juge doit surseoir à statuer sur la demande principale. Une fois les deux créances liquidées par jugement, on retombe dans l'hypothèse précédente. Sous la procédure extraordinaire, tous ces détours deviennent inutiles, et le juge-magistrat condamne à la différence. — **9.** Lorsque le défendeur, déjà condamné, est poursuivi par l'action *judicati*, il n'a d'autre ressource que l'exception de dol, et il ne peut l'opposer avec succès que s'il a une créance incontestable. Application de ces idées à la cessation du cours des intérêts (note). Ce système cadre assez bien avec le témoignage des Institutes, dont il convient du reste de ne pas s'exagérer l'importance. — **10.** En effet, le passage des Institutes sur le rescrit n'a pas été emprunté à un jurisconsulte classique. Il n'a pu être pris, notamment, ni dans les *Commentaires* de Gaius, ni même dans ses *Res cottidianæ*. Il est l'œuvre des compilateurs qui, trouvant le rescrit dans la première édition du Code, l'ont brièvement analysé, comme ils ont fait pour la constitution de Justinien, qui termine l'évolution historique de la matière. — **11.** Le système adopté se concilie même avec la paraphrase de Théophile; mais on ne songe pas à s'appuyer sur ce témoignage, qui ne mérite aucune confiance. — **12.** Conclusion : en vertu des constitutions de sursis, la demande reconventionnelle devient le procédé normal de la compensation. La reconvention *(mutua petitio)* a ainsi absorbé la compensation proprement dite. Aussi ne trouve-t-on dans les sources aucune trace de la compensation opérée par l'exception de dol. — **13.** Textes où Dernburg a cru voir l'exception de dol opposée dans un but de compensation : L. 8, § 1, D. *Ratam rem haberi*, 46, 8. — L. 4, § 8, D. *De except. doli*, 44, 4, etc. — **14.** Dans Paul, *Sent.*, II, 5, § 3, il était question de la formule *cum compensatione* de l'*argentarius*, et peut-être de la *deductio* du *bonorum emptor*, mais sûrement pas du rescrit ni de l'exception de dol. Ce texte a été fortement abrégé, par suite de l'abolition du système formulaire, soit par les compilateurs Visigoths, soit antérieurement; en tout cas on ne saurait compter sur l'intelligence ou la science d'abréviateurs, sans doute de beaucoup inférieurs aux compilateurs byzantins eux-mêmes, ce qui est tout dire; par conséquent ce texte ne peut être pris comme base d'aucune induction sérieuse.

1. — Après avoir parlé de l'office du juge dans les actions de bonne foi, les Institutes (1) expliquent que dans cet office est compris le pouvoir d'opérer la compensation (2).

(1) IV, 6, § 30.
(2) Voyez plus haut, chapitre II, §§ 3 et 4.

Puis, le compilateur qui a fait cette partie du livre (Théophile ou Dorothée) (1) ajoute :

Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

« Mais, même dans les actions de droit strict, en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle, l'exception de dol étant opposée, la compensation était amenée. »

Voilà le seul témoignage que nous ayons sur ce point, en faisant provisoirement abstraction de la paraphrase de Théophile, sur laquelle, malheureusement, on ne peut faire aucun fond à cause des nombreuses et grossières erreurs dont elle fourmille (2). On admet généralement que ce rescrit, par un procédé sur lequel d'ailleurs on n'est pas d'accord, aboutissait à faire opérer la compensation *sur l'action même intentée par le titulaire de la créance la plus forte.*

Mais, si l'on a présentes à l'esprit les observations faites au chapitre précédent, sur les constitutions impériales qui ordonnent de surseoir à l'exécution de la sentence rendue sur la demande principale, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande reconventionnelle (3), une grave difficulté surgit immédiatement :

Ces constitutions, nous l'avons constaté, et personne d'ailleurs n'en doute, avaient pour but de permettre la compensation entre les deux condamnations résultant des deux demandes, la principale et la reconventionnelle.

Mais si, depuis Marc-Aurèle, il existait un moyen de

(1) Plus probablement Dorothée. Voyez Ferrini, *Delle origini della paraphrasi greca delle Istituzioni*, *Archivio giuridico*, t. XXXVII, p. 368 et suiv. Nous montrerons ultérieurement que ce passage n'a pu être pris dans Gaius, et qu'il est, selon toute vraisemblance, l'œuvre personnelle des compilateurs.

(2) Voyez plus haut, chapitre 1er, nº 12.

(3) L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8.

faire opérer la compensation, même pour créance non liquide, sans avoir besoin d'intenter une demande reconventionnelle, en invoquant seulement l'exception de dol, à quoi servaient ces constitutions, et le sursis qu'elles assuraient au débiteur reconventionnellement créancier ?

Il n'y a qu'une manière de sortir de là, c'est d'admettre que le rescrit de Marc-Aurèle avait statué dans un cas où les deux créances opposées étaient liquides et portaient également sur de l'argent. Alors les constitutions de sursis auraient servi à assurer la compensation dans le cas où l'une des créances n'était pas liquide, ou ne portait pas sur des choses fongibles de même espèce. Pour aboutir à la compensation, il fallait, dans ce cas, que, par l'effet d'une double condamnation, les deux créances fussent l'une et l'autre transformées en argent. Les constitutions dont il s'agit seraient alors une extension du principe posé par le rescrit. Marc-Aurèle n'aurait admis la compensation que sous la double condition de la liquidité et de la fongibilité. Les constitutions, par le sursis qu'elles accordaient, auraient dispensé de ces exigences.

Il est impossible, en effet, d'imaginer une disposition plus large que celle des constitutions de sursis, puisque, sans exiger aucune condition de la créance reconventionnelle, elles interdisent toute exécution de la sentence principale avant le jugement de la reconvention, manifestement dans le but d'arriver à la compensation.

Mais, s'il en est ainsi, ces constitutions, par leurs dispositions nécessairement plus larges que celles du rescrit, auront absorbé et rendu inutile le rescrit. A quoi bon invoquer l'exception de dol, s'exposer à voir contester la liquidité de sa créance, quand on a un moyen si simple d'éviter toute difficulté, en intentant une demande reconventionnelle, et qu'on est sûr d'arriver au but, quelque

contestable, quelque peu liquide que soit la créance invoquée, pourvu qu'on parvienne à la prouver ?

Est-il plus malaisé d'intenter une *mutua petitio* que d'opposer l'exception de dol? Non, puisque, quel que soit le moyen par lequel cette exception amenait la compensation (1), il est certain qu'il fallait l'opposer *in jure*. Dès lors, il n'en coûte pas plus au défendeur de réclamer une formule comme son adversaire, de former une *mutua petitio*.

En résumé, le rescrit et les constitutions de sursis ne peuvent avoir constitué deux manières distinctes et indépendantes d'opérer la compensation.

En effet, de deux choses l'une :

Ou bien le rescrit n'exigeait pas la liquidité de la créance opposée en compensation, et alors à quoi bon les constitutions de sursis ? L'exception de dol suffisait.

Ou bien le rescrit exigeait la liquidité ; mais alors il a dû être absorbé par les constitutions qui ne l'exigeaient pas.

Son application n'a pu même avoir qu'une durée bien éphémère.

En effet, examinons les dates. Le rescrit, étant mis sous le nom de Marc-Aurèle seul, doit se placer au plus tôt en 169, au plus tard en 177. C'est dans l'intervalle entre ces deux dates que Marc-Aurèle occupa seul le trône. Quant aux constitutions, aux *sacras constitutiones* dont parle Macer (2), qui écrivait entre 222 et 235, nous ne savons absolument pas à quel empereur, ou à quels empereurs il faut les attribuer ; tout ce qui résulte du texte de Macer, c'est qu'il y en avait plusieurs et qu'elles étaient si bien

(1) Les modernes n'ont jamais pu se mettre d'accord là dessus, et il y a presque autant de systèmes que d'auteurs. Toutes ces explications se heurtent d'ailleurs à des difficultés inextricables, ainsi que nous le verrons au chapitre suivant.

(2) L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8.

connues, d'une application si courante, qu'il n'éprouve pas le besoin de les désigner d'une manière plus précise. Donc, il n'y a rien d'impossible, ni même d'invraisemblable, à ce que la première au moins de ces constitutions remonte à un temps voisin de Marc-Aurèle.

De tout cela, concluons que le rescrit et les constitutions ne forment pas deux procédés distincts d'opérer la compensation.

Le sursis qu'accordent les constitutions se combine merveilleusement avec l'exception de dol du rescrit:

Sans le rescrit, on ne voit pas comment les constitutions peuvent assurer la compensation ;

Sans les constitutions, on ne voit pas non plus comment le rescrit arrive à la faire opérer.

2. — Reprenons ces deux idées. Et d'abord, sans le rescrit, à quoi aboutirait le sursis ordonné par les empereurs? A faire prononcer en même temps les deux sentences, pas davantage ! Les constitutions n'ordonnent rien de plus; le juge y obéit en prononçant simultanément sur les deux demandes.

Quant à compenser les deux condamnations, où prendrait-il ce droit? Pas dans les formules à coup sûr !

Dès lors, voilà deux parties incontestablement créancières l'une de l'autre de sommes liquides et exigibles. Mais cela suffit-il, — avant le principe posé par Marc-Aurèle, — pour que la compensation s'opère ? Incontestablement non, si l'on se trouve en dehors des trois cas indiqués par Gaius (1). Le fait que nos deux plaideurs ont chacun un titre exécutoire ne change rien à l'affaire.

On voit que le rescrit de Marc-Aurèle est nécessaire pour compléter les dispositions des constitutions dont il

(1) Actions de bonne foi ; formule de l'*argentarius* ; formule du *bonorum emptor*.

s'agit. Sans lui, sans l'exception de dol, qu'est-ce qui aurait empêché le créancier, même débiteur d'une somme égale, de provoquer la *venditio bonorum* de son débiteur et de causer ainsi sa ruine? Il se fût exposé sans doute à se faire mettre aussi en faillite, mais cela eût-il réparé l'infamie encourue par l'autre, un mal irréparable?

Il faut donc nécessairement à ces constitutions le complément du rescrit. Un sursis ne suffit pas; il faut que toute mesure d'exécution se heurte à une exception péremptoire, si le poursuivant ne déduit pas de sa réclamation le montant de la condamnation prononcée contre lui. Cette exception ne peut être que celle de dol.

Car enfin, lorsqu'on vient d'être condamné, lorsqu'il y a chose jugée, n'y a-t-il pas un dol évident à vouloir se faire payer, sans payer soi-même ce qu'on ne peut ni ignorer ni contester devoir? Le principe d'analyse, traditionnel dans la procédure romaine, doit-il être poussé si loin, entouré d'un respect si superstitieux, qu'il ne cède à l'équité évidente militant ici en faveur de la compensation? Sans doute, la créance réclamée est jusqu'ici pure de tout dol, mais le fait d'en poursuivre le recouvrement intégral dans ces circonstances, ne constitue-t-il pas, à lui seul, un dol manifeste (1)?

3. — J'ai dit en second lieu que, sans les constitutions de sursis, on ne voit pas comment le rescrit pourrait amener la compensation.

Nous verrons prochainement que tous les systèmes qu'on a imaginés pour expliquer le fonctionnement de l'exception de dol en cette matière se heurtent à des diffi-

(1) *Nam, etsi nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.* L. 2, § 5, D. *De doli mali except.*, 44,4. D'ailleurs l'exception de dol peut être opposée à l'action *judicati*, L. 9, D. *De doli mali exceptione*, 44, 4; L. 1, C. *De re judicata*, 7,52.

cultés insurmontables. Mais il y a une objection qui leur est commune à tous et qu'il convient de présenter dès à présent.

En admettant que le défendeur pût *de plano*, sans avoir fait constater sa créance par justice, opposer l'exception de dol, et par ce moyen obtenir la compensation, on fait créer par Marc-Aurèle une véritable fiction, et la plus blessante des fictions pour celui contre qui elle est dirigée. On lui fait forger un dol fictif, imposer le nom de dol à ce qui souvent sera loin d'en être un. Examinons en effet les diverses situations qui peuvent se produire :

1° Y a-t-il dol de ma part à prétendre être payé de ma créance, lorsque celle de mon adversaire ne porte pas sur des choses fongibles de la même espèce? Lorsque l'une ou l'autre porte sur un corps certain? Nul ne le soutiendra; ce serait fermer les yeux à l'évidence et organiser, pour tous les cas de créance réciproque, un droit de rétention que les textes restreignent à des hypothèses très exceptionnelles;

2° Supposons que les deux dettes portent sur de l'argent. Y a-t-il dol de ma part à exiger le payement de ma créance certaine et liquide, alors que celle de mon adversaire est contestable ou indéterminée? Ne puis-je pas dire : « Si je vous dois, actionnez-moi, faites vérifier et fixer par le juge votre créance ; cela demande une expertise peut-être, une longue instruction; en attendant, payez-moi ce que vous ne pouvez contester me devoir. » Est-ce là le langage d'un homme dolosif?

Pour se tirer de là, dira-t-on que le rescrit n'admettait en compensation que des dettes liquides? Au fond, nous sommes loin de le contester; seulement, dans l'évolution de la compensation nous faisons intervenir un autre élément, qui y joue vraiment le rôle principal : les constitutions de sursis. Sans cela, si l'on dit qu'en vertu du rescrit

les créances liquides seules furent admises en compensation, on se heurte à une objection insurmontable :

Comment se fait-il alors que Justinien, dans la L. 14, C. h. t., présente l'exigence de la liquidité comme une innovation, qu'il introduit pour remédier aux abus criants qui se produisaient avant lui (1) ? Comment se fait-il qu'aucun texte n'exige cette liquidité ? S'il y en avait eu, Justinien se fût bien gardé de les effacer ; ils eussent été trop bien d'accord avec ses intentions !

3° Supposons même que la créance de mon adversaire ait toutes les qualités que l'on voudra. Y a-t-il nécessairement dol de ma part à la contester ? Ne puis-je pas être de la meilleure foi du monde ? Je suis héritier, je suis caution ; comment saurai-je au juste, avant les témoins entendus, les preuves fournies, si je dois ou non (2) ? Ne puis-je me refuser à payer sans jugement, tout en m'en rapportant à justice, et en attendant réclamer sans dol le paiement de ma créance certaine et liquide, peut-être incontestée ?

Et si je conteste, même à tort, le *quantum* de votre créance, suis-je coupable de dol parce que je me trompe ? Venuleius nous affirme le contraire (3), et Ulpien, dans un texte déjà cité (4), nous apprend que l'exception de

(1) L. 14, C. h. t. : *Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quæ jam pæne convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi.*

(2) L. 42, D. *De reg. juris*, 50,17 : *Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiæ, an id quod peteretur deberetur. Fidejussores quoque, non minus quam heredes, justam ignorantiam possunt allegare.* Si bien constatée que soit la créance, je puis la méconnaître sans dol, ne connaissant peut-être ni l'écriture du défunt, ni les sceaux ou la valeur morale des témoins, etc.

(3) *Nemo improbus videri potest, qui ignorat quantum solvere debeat*, L. 99, D. *De reg. juris*, 50,17.

(4) L. 2, § 5, D. *De doli mali except.*, 44, 4.

dol ne saurait être opposée à celui qui, de bonne foi, persiste à agir au mépris d'une exception bien fondée.

4° Enfin, supposons même que la créance de mon adversaire ne soit pas contestée par moi. Y a-t-il dol de ma part, s'il conteste l'existence ou le chiffre de la mienne, à intenter une action contre lui pour la faire vérifier et fixer par la justice?

Tout cela n'est pas possible. Une créance incontestable, liquide, et que le demandeur ne saurait ignorer, peut seule donner naissance à l'exception de dol. Marc-Aurèle n'a pu décider que toute personne qui méconnaîtrait sa dette, fût-ce dans des cas où l'erreur est bien excusable, serait censée commettre un dol. L'empereur n'a sûrement pas voulu imposer au juge, à titre de présomption légale, cette appréciation fantaisiste, et pour résumer d'un mot nos explications sur ce point, le dol étant une question de fait (1) : *pour qu'il y ait lieu à l'exception de dol, il faut qu'il y ait dol!*

C'est là une observation bien simple : trop simple même, un véritable truisme ; il est d'autant plus étonnant qu'on ne l'ait pas faite depuis longtemps. Tel est pourtant le vice fondamental et commun de tous les systèmes qu'on a imaginés. Ils créent un dol fictif !

Essayons donc de déterminer, sur cette base de sens commun, quelle pouvait être au juste la portée du rescrit de Marc-Aurèle.

Et d'abord c'est un rescrit. Quelle est, à l'époque de Marc-Aurèle, le but des rescrits?

Pour n'être pas exposé au péril d'accommoder involontairement à notre thèse les données de l'histoire, nous nous

(1) L. 1, § 2, D. *De doli mali except.*, 44,4, : *Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur*, répète Paul, bien après Marc-Aurèle.

bornerons à reproduire ici les développements que Krueger (1) donne à cette question.

« La force obligatoire des décisions contenues dans les décrets et dans les rescrits dépendait du point de savoir si les empereurs avaient entendu émettre une disposition générale applicable dans l'avenir à tous les cas semblables, ou si l'on ne se trouvait pas en présence d'une *personalis constitutio*, concédant une immunité ou un privilège, et rendue pour un cas particulier (2). Quelquefois les expressions de la constitution impliquent une règle générale (3); ce sont là les constitutions dont les jurisconsultes désignent le caractère en les appelant *generales* (4).

« *Entre ces deux extrêmes se place la grande masse des décrets et des rescrits qui contiennent la décision de cas particuliers, d'après les règles ordinaires du droit, et qui n'ont pas d'intérêt pour les progrès du droit* (5).

« Lorsqu'ils se fondaient sur une règle discutée, on ne pouvait savoir, en l'absence d'autre indication, si l'empereur avait voulu se prononcer seulement en qualité de juge, ou s'il avait voulu faire usage de son autorité comme législateur pour mettre fin à la controverse. Indépendamment des textes contradictoires qui nous prouvent qu'un même empereur ne s'est pas toujours prononcé dans le

(1) *Geschichte der Quellen*, p. 97 et suiv. Voyez traduction Brissaud, p. 132.

(2) L. 1, § 2, D. *De const. imp.*, 1, 4.

(3) Par exemple, L. 13, D. *Quod metus causa*, 4, 2. — L. 31, D. *De re judicata*, 42, 1. — L. 9, § 5, D. *De juris et facti ignor.*, 22, 6.

(4) L. 1, § 2, D. *De fugitivis*, 11, 4 (*generalis epistula)*. — L. 9, § 6, D. *De juris et facti ign.*, 22, 6 (*initium constitutionis generale est)*. L. 89, § 1, D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2 (*Divus Severus et Antoninus generaliter rescripserunt)*. — L. 22, D. *De accusationibus*, 48, 2 (*Principes nostri generaliter rescripserunt)*. Dans un sens plus strict, on trouve l'expression *generale rescriptum* dans L. 3, § 5, D. *De sepulchro violato*, 47, 12, avec la signification de *général*, c'est-à-dire excluant même les statuts particuliers des cités.

(5) Voyez les textes cités dans Brissonius, *De formulis*. 3,24,25,27-33.

même sens (1), nous les voyons dans d'autres se référer aux opinions des jurisconsultes, mettre leurs décisions sous l'autorité de ceux-ci ; dans ces cas, il est clair qu'ils ne se comportent pas en législateurs (2). Les rescrits, comme les décrets, n'arrivaient le plus souvent, semble-t-il, que par l'effet du hasard à la connaissance des jurisconsultes; ils n'avaient d'influence sur la pratique des affaires que par l'intermédiaire des écrits des jurisconsultes (3), aussi n'en parlait-on quelquefois que par ouï-dire (4). S'il en est ainsi, on comprend sans peine que décrets et rescrits n'aient été qu'assez tard pris en considération (5).

« On s'explique que, dans beaucoup de cas, ils ne soient pas traités autrement que les décisions de simples jurisconsultes (6) ; on comprend aussi qu'on ajoute en les

(1) L. 17 *pr.*, D., *De jure patronatus*, 37,14, — L. 1, § 26, D. *De quæstionibus*, 48,18. — L. 6 *pr.*, D. *De jure fisci*, 49,14.

(2) Par exemple, L. 17 *pr.*, D. *De jure patronatus*, 37,14. — L. 1, C. *De his quæ vi*, 2,19. — L. 6, C. *De nuptiis*, 5, 4. — L. 6, C. *De pactis conventis*, 5,14. — L. 1 *pr.*, C. *De verb. et rer. sign* , 6,38. — L. 5, § 2, C. *Quando dies legati*, 6, 53. — L. 10, C. *De fideicom. lib.*, 7, 4. — L. 4, C. *De cont. et com. stip.*, 8,37. — L. 12, C. *De questionibus*, 9, 41.

(3) On avait dû prendre des mesures pour porter à la connaissance de tous les constitutions qui se qualifiaient elles-mêmes de *generales ;* il ne suffisait pas de les adresser à ceux qui les avaient sollicitées.

(4) Gaius, II, 221. — L. 50 *pr.*, D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — L. 2, D. *De officio adsessorum*, 1, 22. — L. 1, § 14, D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2. — L. 2, § 8, D. *Pro emptore*, 41, 4. — L 18, § 9, D. *De jure fisci*, 49, 14.

(5) Les plus anciens jurisconsultes qui citent des rescrits sont, à notre connaissance, Celsus (L. 13, D. *De probationibus*, 22,3) et Julien (L. 18, D. *Quod metus causa*, 4,2). Javolenus ne rapporte aucune constitution. Il florissait à la fin du premier siècle et au commencement du second. On ne trouve les constitutions citées en grand nombre que dans les écrits de la deuxième moitié du second siècle.

(6) L. 6, § 2, D. *De inofficioso test.*, 5,2. — L. 6 *pr.*, D. *De religiosis*, 11, 7. — L. 13 *pr.*, D. *De pign. act.* 13,7. — L. 3, § 1, D. *De Snc. Macedo.*, 14, 6. — L. 23, § 1, D. *Pro socio*, 17,2. — L. 1, § 14, D. *Ad leg. Fal.*, 35,2, — L. 10, § 1, D. *Quæ in fraudem*, 42,8. — L. 4, D. *De quæstionibus*, 48, 18. — L. 28, D. *De jure fisci*, 49,14. — Comparez, en outre : L. 13, § 7, D. *De his qui not.*, 3,2. — L. 3, § 1, L. 7, § 9, D. *De minoribus*,

citant (comme si cela n'allait pas de soi) que la décision qui y est exposée est appliquée en pratique (1) ; on s'explique enfin que ces décisions puissent être parfois critiquées par les jurisconsultes qui les rapportent (2). »

Dans un autre passage (3), Krueger rappelle qu'au témoignage de Justinien lui-même : « les anciens jurisconsultes se demandaient si les interprétations des lois contenues dans les décrets ou dans les rescrits avaient force de loi. Il est probable qu'il s'agissait simplement de savoir si, comme nous l'avons vu plus haut, les constitutions qui ne se qualifiaient pas elles-mêmes de *leges generales* pou-

4,4. — L. 4, § 14, D. *De doli mali exceptione*, 44,4. — L. 2, § 5, D. *Ad municipalem*, 50,1.

(1) L. 26 *pr.*, D. *De cond. indeb.*, 12,6. — L. 18 *pr.*, D. *De his quæ ut ind.*, 34,9. — L. 7, § 16, D. *Quibus ex causis*, 42.4. — L. 10, § 1, D. *Quæ in fraudem*, 42.8. — L. 14 *pr.*, D. *De appellationibus*, 49,1.

(2) L. 17, *pr.*, D. *De usuris*, 22,1. — L. 8, § 1, D. *De veteranis*, 49,18. — On regrette de voir ces vérités perdues de vue par un romaniste aussi ingénieux que savant, Naber (*Observatiunculæ de jure romano*) ex Mnemosynes bibiothecæ philologicæ batavæ, volum. XXI, p. 39 [13]. Après avoir reconnu que les termes de la formule ne permettent pas au juge de diminuer la condamnation, par suite de l'opposition d'une exception, et que cela était absolument contraire à la nature de l'exception de dol, il ajoute : « On comprend, dès lors, pourquoi on invoque le rescrit de Marc-Aurèle introduisant la compensation dans les actions de droit strict : *sic enim intelligitur*, dit-il, *quid rei sit cur provocetur, in strictis judiciis, ad rescriptum divi Marci de compensatione inducenda. Scilicet, formulæ verba non patiuntur ut condemnationem judex minuat, tametsi maxime opposita sit exceptio ; itaque ex rescripto divi Marci compensatio inducitur* (§ 30, Inst., IV,6) *quum formulæ verbis nihil inducatur præter absolutionem.* — Ainsi l'idée de Naber est celle-ci : l'exception de dol ne saurait diminuer la condamnation ; cela serait contraire aux principes les plus certains de la procédure formulaire ; *c'est justement pour cela qu'il a fallu un rescrit pour le faire admettre !* La conclusion est, pour le moins, imprévue. Il semblerait que les rescrits auraient servi à donner des solutions renversant tous les principes : *rescribo quia absurdum.* Voyez un raisonnement analogue de Naber, *supra* p. 232, note 1. Voyez aussi chapitre VIII, § 8.

(3) P. 105.

(4) L. 12, C. *De legibus et constitutionibus*, 1,14 : *Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere...*

vaient être appliquées en dehors des cas particuliers pour lesquels elles avaient été rendues. »

On voit que, d'après Krueger, un rescrit, surtout remontant à Marc-Aurèle, ne devait avoir en général d'autre portée que la solution d'un cas particulier : c'était une consultation donnée par l'empereur.

Il est intéressant de rapprocher du rescrit de Marc-Aurèle d'autres constitutions du temps des Antonins, même rendues cinquante ans après Marc-Aurèle, pour montrer que les rescrits de cette époque ne prétendent point réformer le droit. Et pour que les exemples soient plus probants, nous réunissons ici les rescrits parlant de l'exception de dol. Les empereurs ont assez souvent statué sur ce point et déclaré cette exception recevable ; mais en le décidant ainsi, ils n'ont jamais fait qu'appliquer, ou tout au plus qu'étendre à un cas extrêmement voisin, un principe déjà reçu en jurisprudence.

Par exemple, un commodataire est condamné à rembourser au commodant la valeur de la chose prêtée, qu'il a commis la faute de se laisser soustraire par un voleur. La sentence est passée en force de chose jugée ; mais avant l'exécution, le commodant, par bonheur, recouvre l'objet volé ; il n'en veut pas moins se faire payer par le commodataire le montant de la condamnation prononcée. Caracalla décide, en l'an 213, que l'exception de dol pourra être opposée par le commodataire sur l'action *judicati* (1).

Qui pourrait nier qu'il n'y ait dol, en effet, à abuser ainsi de l'autorité de la chose jugée ? N'est-ce pas là une simple application des principes?

Un autre rescrit du même empereur permet d'opposer l'exception de dol dans le cas suivant : Un testateur attribue à l'un de ses héritiers une créance contre un tiers.

(1) L. 1, C. *De re judicata*, 7,52.

Elle doit donc être mise dans le lot de cet héritier, mais c'est là une affaire entre les cohéritiers ; vis-à-vis des tiers, la créance ne s'en divise pas moins entre tous. Cependant, si le débiteur a payé la totalité de sa dette aux mains de l'héritier désigné par le testateur, il pourra repousser les autres par l'exception de dol (1).

Ce n'est pas là qu'on peut voir, à coup sûr, la moindre innovation. Il y a dol quelquefois à user de son droit.

Des constitutions impériales ont décidé encore que la réplique de dol pouvait être opposée à l'exception du Snc. Macédonien, si le prêteur de deniers a été trompé par le fils de famille sur sa qualité (2). Rien de plus naturel !

Voici enfin l'innovation la plus hardie que je connaisse en cette matière. On verra qu'elle est encore à peine sensible (3) :

Un rescrit d'Antonin le Pieux décide que l'exception de dol peut être opposée à l'héritier *ab intestat*, qui réclame la succession au mépris d'un testament prétorien, auquel il ne manque, pour être valable *jure civili*, que la formalité de la *mancipatio familiæ*, cérémonie surannée, et probablement aussi peu observée en pratique, que la présence réelle du second notaire ou des témoins l'était chez nous, même avant la loi du 21 juin 1843 (4).

(1) L. 1, C. *De exceptionibus*, 8,35.

(2) L. 4, § 14, D. *De doli mali except.*, 44,4 ; L. 3, *pr.*, D. *Ad Snc. Macedo.*, 14,6.

(3) Gaius, II, § 120.

(4) Dans le même ordre d'idées, on peut encore rappeler une doctrine de Hugo Krueger qui cadre parfaitement avec la nôtre. Cet auteur, dans un article intitulé : *Die liberatio legata (Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. XXI, compte rendu par Audibert, *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 67) enseigne qu'en cas de legs de libération on finit par reconnaître au débiteur un double droit : 1° Celui d'agir par la *condictio certi* pour obtenir sa libération ; ce moyen remonterait à l'époque de Trajan ; 2° Celui d'opposer l'exception de dol aux poursuites de l'héritier. Eh bien, Krueger ne croit pas que l'exception de dol ait été admise en cette matière avant l'empereur Hadrien !! On voit

Ces notions permettent de déterminer les caractères que devait présenter le rescrit. Nous allons essayer de le faire au paragraphe suivant.

5. — Le rescrit devait présenter vraisemblablement un double caractère :

En premier lieu, celui de ne pas constituer une innovation législative tranchée, mais bien plutôt une interprétation, une application — peut-être un peu large, un peu extensive, mais voilà tout — des principes du droit existant.

En second lieu, le rescrit devait, comme presque tous les rescrits, se borner à trancher une question concrète : à déclarer l'exception de dol admissible, pour arriver à une compensation, dans un cas où il s'agissait d'une action de droit strict, — mais non pas décider en général qu'il en serait de même dans toutes les actions de droit strict ! En effet, quand on dit : « la compensation est admise dans les actions de droit strict, par le moyen de l'exception de dol », on énonce une doctrine *basée sur le rescrit*, on ne reproduit sûrement pas le rescrit lui-même. Il se bornait, sans doute, à répondre au solliciteur qu'il pouvait, dans le cas donné, opposer avec succès l'exception de dol.

Ces deux caractères, le premier surtout, vont nous permettre de procéder par élimination et, avant de chercher à découvrir le sens du rescrit, d'écarter de son contenu toutes les dispositions trop hardies, trop innovatrices, pour être vraisemblables.

avec quelle timidité l'exception de dol aurait été appliquée à des cas qui, pourtant, semblaient bien faits pour elle. Car, enfin, n'y a-t-il pas de l'impudence, de la part de l'héritier, à vouloir faire payer un débiteur qu'il est obligé à libérer de par le testament? Pourtant cette application de l'exception ne daterait que d'Hadrien ! Il faut donc une mauvaise foi caractérisée, éclatante, pour que l'exception puisse être opposée.

Dans ce nombre, il faut ranger celle qui aurait consisté à forcer le demandeur, sous peine de commettre un dol, à se servir de l'une des formules spéciales à l'*argentarius* ou au *bonorum emptor* (1).

Ce serait là une innovation très grave. On a peine à croire que les empereurs, à cette époque, se fussent arrogé le pouvoir de modifier le droit privé et les principes fondamentaux de la procédure formulaire, par des réformes d'une portée si large. En tout cas, ce n'est pas par de simples rescrits qu'ils auraient alors procédé. Nous avons au Code une dizaine de rescrits de Marc-Aurèle : aucun d'eux ne contient d'innovation bien marquée.

Ce n'est donc pas par une extension de nos deux actions que peut s'expliquer le rescrit. L'exception de dol doit avoir été un moyen d'opérer la compensation, distinct et indépendant des deux formules en question, et non pas un moyen de contraindre le demandeur à employer l'une des deux formules, c'est-à-dire l'un des procédés précédemment employés.

Cette manière de concevoir les choses cadre mieux que les autres avec le texte de Justinien et avec la paraphrase de Théophile, car, selon nous, l'exception de dol doit avoir été un moyen *direct* de faire opérer la compensation, tandis que, d'après les autres systèmes, sauf le plus répandu, celui de Dernburg, etc. (2), l'exception de dol ne mènerait qu'indirectement à ce résultat.

(1) Nous verrons, d'ailleurs, que, si l'on admet l'un quelconque des systèmes rentrant dans cet ordre d'idées, on se heurte à des difficultés inextricables. Dans quel cas était-on obligé d'agir *cum compensatione*, dans quel cas d'employer la formule *cum deductione*? On ne saurait le dire. Enfin, ces deux actions présentaient des particularités s'opposant absolument à ce qu'on pût les étendre à des cas étrangers à leur application normale.

(2) Il consiste à soutenir que l'exception de dol, insérée dans la formule, donnait au juge le pouvoir d'opérer la compensation et de réduire la condamnation.

Notre manière de voir cadre aussi beaucoup mieux que les autres (sauf celle de Dernburg), avec une constitution de Justinien, la L. 11, C. *Depositi,* 4, 34. Après avoir déclaré que le dépositaire doit être contraint par tous les moyens à rendre sans délai le dépôt, l'empereur ajoute :

« *Nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat* », ce qui implique que, dans l'esprit du rédacteur de cette constitution, ces trois moyens *(compensatio, deductio, exceptio doli)* étaient distincts.

6. — Cette hypothèse écartée, voyons quel était vraisemblablement le sens du rescrit.

Comme tout rescrit, il devait contenir la solution d'un cas concret sur lequel l'empereur avait été consulté. Reste à déterminer autant que possible ce cas. Puisque l'empereur a jugé que l'exception de dol pouvait être opposée dans l'espèce, ce cas concret devait nécessairement présenter le caractère suivant : il devait y avoir, de la part du demandeur, une mauvaise foi *évidente* à réclamer sa créance sans payer sa dette.

A quelles conditions se produira cette mauvaise foi caractérisée, tombant sous le coup de l'exception de dol ?

Pour le déterminer, rappelons-nous ce qui se passait dans les actions réelles.

Dans les actions réelles, on oppose au demandeur l'exception de dol lorsqu'il se refuse à rembourser les impenses faites par le possesseur. Mais, pour que cette exception devienne efficace contre lui, il faut qu'il y ait de sa part un dol évident, officiellement constaté. Il faut que, par son *arbitrium,* le juge ait reconnu l'existence de ces impenses, leur utilité, la bonne foi du possesseur ; il faut de plus qu'il ait déterminé le montant de l'indemnité à payer par le demandeur et lui ait donné l'ordre précis de la payer au défendeur. C'est seulement dans ces condi-

tions-là que le refus du demandeur prendra un caractère dolosif et permettra de le faire débouter par l'exception de dol.

Il doit en être de même en matière de compensation, et l'exception de dol n'est vraiment justifiée qu'en face d'un demandeur qui, réclamant une somme d'argent, se refuse à tenir compte d'une créance reconventionnelle portant aussi sur une somme d'argent, parfaitement déterminée quant à son chiffre, et dont l'existence est, ou reconnue, ou officiellement constatée.

C'est dans une hypothèse de ce genre qu'il faut chercher le cas résolu par Marc-Aurèle. Peut-être ressemblait-il à celui que prévoit la loi 16, § 1, D. h. t.

Papinien y suppose que les deux créances sont certaines, toutes les deux sont constatées par l'autorité de la chose jugée; mais celui qui a obtenu jugement le premier intènte contre son adversaire l'action *judicati*, étant encore lui-même dans le délai de grâce accordé par la loi pour l'exécution des sentences, tandis que ce délai est expiré pour son adversaire, condamné un peu auparavant. Si l'on a consulté Marc-Aurèle sur une question de ce genre, il a pu fort bien voir là un agissement dolosif, et indiquer l'exception de dol comme remède.

Peut-être sa décision est-elle intervenue dans un cas plus favorable encore : peut-être la créance du défendeur était-elle, non seulement indiscutable, mais encore immédiatement exigible, sans qu'aucun délai, même de grâce, vint en suspendre le recouvrement. Dans ce cas, la mauvaise foi du demandeur qui veut se faire payer en totalité une créance même certaine, est encore plus évidente.

7. — Nous avons supposé que le rescrit était intervenu en faveur d'un défendeur poursuivi par l'action *judicati*.

Cette action étant évidemment de droit strict, cette hypothèse cadre bien avec le témoignage des Institutes :

« *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* (1). »

Compensatio inducebatur : « la compensation était amenée ». Amenée comment ? Par l'exception de dol.

Cette exception, ainsi opposée sur l'action *judicati*, même à un débouté total ; c'est nécessairement l'effet de l'exception de dol, nous le verrons au chapitre suivant, quand bien même la créance opposée en compensation serait inférieure à celle du demandeur.

Et en vérité il n'y a là rien de trop rigoureux, puisque, dans notre hypothèse, la créance du défendeur étant certaine, déterminée et nécessairement connue du demandeur, celui-ci ne peut refuser d'en tenir compte sans commettre un dol, dont un débouté total serait le juste châtiment.

8. — Mais il n'est même pas nécessaire d'aller jusque-là, et ce résultat, si peu choquant qu'il soit, ne se produit même pas en pratique.

Prenons un exemple :

Le demandeur, par l'action *judicati* (ou, si l'on veut, une autre action de droit strict), demande 10.000 sesterces ; le défendeur reconnaît sa dette, mais invoque en compensation une créance de 4.000 ; il soutient qu'elle est incontestable, qu'elle résulte de la chose jugée, par exemple, et qu'ainsi il y a dol de la part du demandeur à vouloir être payé intégralement.

Dans ces conditions, une issue toute naturelle s'offre à nous, et nous allons voir que les Romains s'en servaient ; de deux choses l'une :

1° Si le défendeur offre les 6.000 sesterces de différence, alors le Préteur, validant ces offres, ne délivrera l'action *judicati* au demandeur que pour 4.000 sesterces, en y

(1) Inst. IV, 6, 30.

insérant l'exception de dol motivée par la créance égale de 4.000 sesterces, invoquée par le défendeur. Les deux créances étant égales, le débouté total du demandeur, au cas où l'exception est reconnue fondée, n'a plus rien que de naturel, et même de nécessaire.

2° Si le défendeur ne peut payer la différence qu'il doit incontestablement, alors naturellement l'exécution a lieu pour cette différence et le Préteur autorise, par exemple, le demandeur à procéder à une saisie *(pignus ex causa judicati captum)* ou aux formalités de la *venditio bonorum*. Pour les 4.000 restant, il délivre la formule de l'action *judicati* (ou de toute autre action de droit strict) avec l'exception de dol, comme ci-dessus.

Que si le défendeur conteste la créance du demandeur, et, par exemple, argue de nullité le jugement invoqué contre lui, et en outre oppose la compensation (1), rien n'empêche le Préteur de diviser en deux parties l'action du demandeur. Pour 6.000, il donnera au demandeur la formule sans y insérer d'exception ; il lui donnera aussi pour 4.000 une autre formule dans laquelle figurera l'exception de dol.

Ces divisions de l'action étaient pratiquées par les Romains dans plusieurs circonstances.

Notamment, lorsque le défendeur reconnaissait une partie de la dette et offrait le surplus, on forçait le demandeur à l'accepter, et on ne lui donnait action que pour le reste.

(1) L. 43, D. *De regulis juris*, 50, 17 : *Nemo ex his qui negant se debere prohibetur alia defensione uti, nisi lex impedit.* Ce texte est extrait du livre 28 d'Ulpien *ad Edictum*, et se référait très probablement à la compensation de l'*argentarius*, comme la L. 7, D. h. t., extraite du même livre. Voyez Lenel, *Palingenesia*. Le « *nisi lex impedit*, » interpolation probable, aurait été inséré pour faire allusion aux cas où la compensation est interdite dans la législation de Justinien (cas de dépôt, de spoliation, etc.)

L. 21, D. *De rebus creditis*, 12, 1 : Julianus, libro 49 Digestorum : *Quidam existimaverunt neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi : sed in utraque causa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.*

« Quelques jurisconsultes ont pensé que l'on ne devait pas forcer celui qui réclame dix et à qui le défendeur reconnaît devoir cinq, d'accepter ces cinq et d'intenter son action pour le surplus contesté, et qu'on ne pouvait pas non plus forcer celui qui veut revendiquer un immeuble en totalité, à accepter l'offre d'une portion et à revendiquer seulement le surplus. Mais, dans les deux cas, le Préteur agira avec plus d'humanité en forçant le demandeur à accepter l'offre, puisque la réduction des procès rentre dans son office. »

Ainsi, remarquons-le bien, ce qui a été discuté, ce n'est pas la question de savoir si le demandeur *pouvait* réduire sa demande, mais celle de savoir *si on devait l'y contraindre.*

Donc, si le demandeur lui-même veut bien diviser son action, cette division ne peut souffrir la moindre difficulté. Lorsque le défendeur, faute d'argent, ne fait pas d'offres réelles comme dans la L. 21, mais reconnaît pourtant devoir une partie de ce qu'on lui réclame, l'analogie impose la même solution. Pour une portion de la dette, le voilà *confessus*, tenu pour *judicatus ;* pour le reste, la formule est délivrée contre lui.

Supposons qu'il allègue un pacte *de non petendo* portant sur une portion seulement de la dette, la division de l'instance en deux formules ne s'impose-t-elle pas ?

Remarquez que cette division est possible, que certains

créanciers en abusaient même pour vexer leurs débiteurs en intentant *successivement* plusieurs actions pour diverses fractions de la même créance ; on obviait à cette procédure vexatoire par l'exception *litis dividuæ* (1). Mais il n'était pas interdit de les intenter *simultanément*.

Dans bien d'autres cas, on divise en plusieurs formules l'action du demandeur.

Par exemple, quand on poursuit simultanément deux débiteurs coréaux, ou même un débiteur principal et un fidéjusseur (2).

De même, le fidéjusseur qui invoque le bénéfice de division, en vertu du rescrit d'Hadrien, peut demander : *ut pro parte in se detur actio* (3).

Dans cette dernière hypothèse, il se produit un résultat tout à fait analogue à celui qui se produisait, selon nous, dans l'application du rescrit de Marc-Aurèle.

Il y a deux fidéjusseurs : l'un d'eux, poursuivi, soutient que son cofidéjusseur est solvable, et demande qu'on ne donne au créancier l'action que pour moitié ; le créancier, au contraire, soutient que l'autre caution n'est pas solvable. On donnera alors contre le fidéjusseur en question deux formules, chacune pour la moitié de la dette ; l'une de ces formules renfermera l'exception du bénéfice de division : *si non et alius fidejussor solvendo sit* (4).

Eh bien, lorsque le défendeur opposait la compensation, n'obligeait-on pas le demandeur à diviser son action en deux parties, à prendre deux formules, l'une pour la partie de sa créance qui serait paralysée par la compensation, l'autre pour le surplus ?

Et remarquez qu'il ne peut jamais s'élever aucune dif-

(1) Gaius, IV, § 122.
(2) L. 3, § 1, D. *De duobus reis*, 45, 2.
(3) Gaius, III, § 122, *in fine*.
(4) L. 28, D. *De fidejussoribus*, 46, 3.

ficulté pratique, dans notre système, au sujet de ce dédoublement de formule.

En effet, ne l'oublions pas, pour que le défendeur puisse invoquer l'exception de dol, il faut qu'il y ait dol de la part du demandeur ; autrement dit, il faut que la créance reconventionnelle soit incontestable, liquide et porte sur une somme d'argent.

Rien de plus facile que de diviser la créance du demandeur en deux parties dont l'une doit être précisément égale à celle du défendeur. En effet, la créance du demandeur est aussi nécessairement liquide et certaine ; elle consiste aussi forcément en argent. Autrement, il est prématuré de lui opposer l'exception de dol dans un but de compensation. Il n'y a pas dol à faire liquider une créance indéterminée, ou vérifier une créance contestée. C'est après cette liquidation ou vérification, s'il y a lieu, que l'exception de dol jouera son rôle. Le demandeur devra diviser en deux fractions l'action *judicati* qu'il intentera alors.

Voilà comment pouvait fonctionner le rescrit de Marc-Aurèle.

Avec cette conjecture, on arrive à opérer la compensation, c'est-à-dire la soustraction entre les deux créances, et ainsi s'évanouissent toutes les difficultés soulevées par les autres systèmes. Elle concilie parfaitement deux idées en apparence contradictoires ; elle montre comment l'exception de dol, qui aboutit nécessairement, quand elle est fondée, à un débouté total, peut mener pourtant ici à une simple réduction de la condamnation.

Que si la créance du défendeur n'est pas certaine ou n'est pas liquide ; dans tous les cas, en un mot, où il n'y a pas, de la part du demandeur, un dol manifeste à ne pas accepter la compensation, reste la ressource de la *mutua petitio*. Elle aboutit à la compensation nous l'avons vu, grâce aux constitutions qui interdisent d'exécuter la sen-

tence sur la demande principale avant le jugement de la demande reconventionnelle.

Sous les *judicia extraordinaria*, lorsque tout se passe sans formules devant le magistrat-juge, tout cela devient encore plus simple : tous les résultats que nous venons de constater se produisent sans aucun mécanisme formulaire. Ce mécanisme, comme un échafaudage qui a servi à bâtir l'édifice, disparaît, et l'édifice reste. Reprenons les deux hypothèses que nous avons envisagées à l'époque précédente :

Si la créance du défendeur est incontestable, déterminée, et porte sur des choses fongibles de même espèce que celle du demandeur, l'exception de dol suffit. Sous la procédure formulaire, nous avons vu que, en divisant la formule en deux, on arrivait aisément à ne condamner le défendeur qu'à la différence ; ce détour est désormais inutile, puisqu'il n'y a plus de formule ; le résultat seul subsiste, la condamnation à la différence, et ainsi la compensation est opérée *par l'effet de l'exception de dol* (Inst., IV, 6, § 30).

Si, au contraire, la créance du défendeur est contestée ou indéterminée, il intente devant le même magistrat-juge une *mutua petitio* pour la faire liquider, et en même temps oppose à la demande principale une exception de dol. Cette demande reconventionnelle oblige à surseoir au jugement de la demande principale (1) ; une fois la reconvention liquidée, nous retombons dans l'hypothèse précédente ; le magistrat-juge soustrait l'une de l'autre les deux sentences et ne condamne qu'à la différence ; son pouvoir n'est plus limité par une formule.

Tel était l'état de droit produit par la combinaison du

(1) L. 1, § 4, D., *Quæ sententiæ* 49, 8. Voyez ci-dessus, chap. IV, n° 9.

rescrit, des constitutions de sursis et du changement de procédure. Il subsista jusque sous Justinien.

Mais il présentait un grave inconvénient, il donnait prise à la chicane ; le défendeur, pour retarder sa défaite, pouvait invoquer en compensation des créances imaginaires, mais dont l'examen obligeait le juge à une instruction longue et compliquée ; jusqu'au dernier moment, il pouvait ainsi remettre tout en question. Justinien coupa court à cet abus, en exigeant la liquidité de la créance opposée.

9. — Lorsque le défendeur était poursuivi par l'action *judicati* en exécution de la sentence précédemment rendue, la ressource de la *mutua petitio* lui manquait et l'exception de dol restait sa seule ressource. Il fallait donc qu'il eût dès à présent une créance déterminée et incontestable. En effet, on peut affirmer, sans crainte d'erreur, que la demande reconventionnelle (si elle était possible sur l'action *judicati)* n'y assurait pas au défendeur le bénéfice du même sursis. Les constitutions mentionnées par Macer ne concernaient point ce cas-là, car l'hypothèse prévue par le texte en question n'est évidemment pas un cas d'action *judicati* (1). D'ailleurs, le bon sens suffit à montrer qu'il ne peut jamais y avoir de sursis d'exécution sur l'action *judicati*, sans quoi les chicanes du défendeur pourraient arrêter indéfiniment l'action de la justice.

Sur l'action *judicati*, le défendeur qui veut compenser ne peut avoir d'autre ressource que l'exception de dol. Mais alors il faut que sa créance réunisse les conditions

(1) L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8. En effet, le sursis accordé a précisément pour but d'empêcher celui qui a obtenu jugement le premier d'exercer l'action *judicati* : « *judicatum a me petere non possis.* » Le texte décide que l'action *judicati* ne peut être intentée avant le jugement rendu sur l'action reconventionnelle, mais pas du tout que, cette action *judicati* étant intentée, la condamnation ne puisse être prononcée avant le jugement d'une demande reconventionnelle, que le défendeur aurait opposée à cette action *judicati*.

nécessaires pour qu'il y ait en effet dol de la part du demandeur, comme nous l'avons vu (1).

Ainsi et en résumé, en cas de créance reconventionnelle incontestable, liquide, portant sur de l'argent comme la créance principale, Marc-Aurèle avait, par l'exception de dol, assuré au défendeur le bénéfice de la compensation. Cette décision était d'ailleurs toute naturelle. Bientôt après,

(1) Une seule chose reste à expliquer. Comment, en pratique, sous la procédure formulaire, appliquait-on le principe posé par Septime Sévère et Alexandre Sévère au sujet des intérêts? (L. 11, D. h. t.)

Rappelons ce texte, déjà expliqué plus haut, chap. II, § 15.

Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas.

Rien de plus simple, s'il s'agit d'une action de bonne foi, de l'action *pro socio* par exemple, comme c'était peut-être le cas dans l'espèce de la L. 11, D. h. t. Les pouvoirs du juge suffisent parfaitement pour arriver au résultat voulu.

De même sous les *judicia extraordinaria*, quand on est devant un juge-magistrat. Cela arrivait, même sous le système formulaire, s'il y avait lieu à une *cognitio extraordinaria*, comme en cas de fidéicommis, hypothèse prévue par la L. 5, C. h. t. :

Etiam si fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, æquitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.

« Même si c'est un fidéicommis, qui t'est dû sur les biens de celui à qui tu reconnais devoir une somme moindre, l'équité de la compensation interdit de compter les intérêts, et tu ne peux réclamer que la différence que tu prouveras exister en ta faveur. »

On sait que, dans les fidéicommis, les intérêts sont dus *ex mora* (Gaius, II, 280).

On sait aussi que le magistrat, statuant par une *cognitio extraordinaria*, jugeait aussi les demandes reconventionnelles, même celles qui auraient dû suivre la procédure ordinaire (L. 1, § 15, D. *De extraord. cogn.*, 50, 13).

N'étant lié par aucune formule, le magistrat pouvait opérer la compensation en se conformant aux règles sur les intérêts; il n'y avait aucune difficulté.

Mais, comment les choses se passaient-elles dans une action de droit strict soumise à la procédure formulaire ?

Nous savons que, pour qu'il y ait lieu à compensation en dehors des cas précédents, pour que l'exception de dol trouve son application, il faut nécessairement qu'il s'agisse de deux créances incontestées ou

continuant l'évolution commencée, d'autres constitutions assurèrent le même bénéfice au défendeur, même si sa créance n'était encore ni certaine, ni liquide, en lui accordant un sursis jusqu'au jugement de sa *mutua petitio*. Grâce à ce jugement, sa créance acquiert les qualités qui lui manquaient pour invoquer l'exception de dol et le rescrit de Marc-Aurèle.

Ce n'est pas le sursis qui impose la compensation, c'est

incontestables et parfaitement déterminées quant au chiffre. Autrement, il faut commencer par une *mutua petitio*.

Par exemple, supposons que je vous doive 1500 avec intérêts depuis un an, et que vous me deviez 1000 sans intérêts depuis la même époque. Il me faut tout d'abord, nous l'avons vu, ou payer immédiatement la différence 500 entre les deux capitaux, ou être condamné à les payer. Pour les 1000, restant dus des deux côtés, on ne donnera l'action ni à l'un ni à l'autre de nous ; celui qui insisterait se heurterait à l'exception de dol. Restent maintenant les intérêts. Vous prétendez que je vous dois les intérêts, à 5 o/o par exemple, de 1500, soit 75. Moi, je prétends ne calculer les intérêts que sur la différence 500, et ne devoir par conséquent que 25 ; dès lors, même procédé : je dois être autorisé, ou être condamné au besoin, à payer ces 25. Quant aux 50 restant, qui sont seuls contestés, on vous délivrera une formule si vous insistez, mais j'y ferai insérer l'exception de dol qui vous fera débouter entièrement de cette demande.

Pour éviter toute difficulté, il suffit donc de délivrer une formule spéciale pour les intérêts.

Que si les créances ne sont pas liquides, il y a *mutua petitio;* le juge prononce ses sentences : il vous condamne à me payer 1000 sans intérêts, et à votre profit il prononce contre moi une condamnation à 1500; enfin, par une sentence distincte *(a)*, il statuera sur votre demande de 75 sesterces d'intérêts, et me condamnera à les payer.

Bien entendu, il y a 1000 sesterces dont vous me tiendrez quitte, puisque vous êtes condamné à me payer pareille somme. Je devrai vous offrir les 500 formant la différence, sous peine de voir procéder aux moyens d'exécution. Restent les intérêts. Je vous offrirai 25 que vous devrez prendre toujours en vertu du principe posé par la L. 21, D. *De reb. cred.* 12, 1. Mais vous prétendez que je dois encore vous payer 50 sesterces d'intérêts ; et en effet, vous avez obtenu contre moi condamnation à 75. On vous délivrera alors la formule de l'action *judicati* pour ces cinquante, mais j'opposerai l'exception de dol en

(a) L. 17, D. *De appellationibus*, 49, 1 : *Quum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum.....*

l'exception de dol. Cette exception ne l'opère pas par un effet direct. Mais, en forçant le demandeur à diviser son action, elle conduit à la compensation ; elle l'*amène*, et il est vrai de dire avec les Institutes :

« *Opposita doli mali exceptione*, *compensatio* INDUCEBATUR. »

Le système adopté cadre donc fort bien avec le témoignage des Institutes.

Ainsi considéré, le rescrit de Marc-Aurèle ne constitue plus ce qu'on est habitué à y voir : une révolution dans la matière qui nous occupe. Il devient — ce qui est infiniment plus vraisemblable, étant donnée la marche du droit romain, qui procède toujours par transitions lentes — il devient une évolution à peine sensible, le développement

m'appuyant sur les décisions impériales mentionnées ci-dessus, et je ferai ainsi repousser votre action.

En effet, je dirai : il est vrai que j'ai été condamné à vous payer 75, et non 25. Mais le même juge a reconnu que j'étais votre créancier, depuis un an, d'une somme exigible de 1000 sesterces ; il est donc contraire à la bonne foi d'exiger de moi le paiement des intérêts de 1500 sesterces ; je n'en dois payer que sur 500. Vous abusez dolosivement de l'autorité de la chose jugée !

La chose jugée ne saurait avoir plus d'effet que l'aveu du débiteur. Or, si j'avouais vous devoir les intérêts de 1500, et que j'eusse en même temps contre vous une créance de 1000, incontestable, mais sans intérêts, je pourrais, en vertu des décisions impériales que l'on sait, vous opposer l'exception de dol, si vous persistiez à exiger les intérêts de votre créance totale, et non pas seulement ceux de la différence.

Voilà, ce me semble, comment les choses devaient se passer. Les textes sont muets, naturellement, puisque Justinien les a expurgés de tout ce qui concerne la procédure formulaire, mais la conjecture que nous formons, outre qu'elle se base, par analogie, sur un texte souvent cité par nous, la L. 21, D. *De reb. cred.*, 12, 1, a encore l'avantage de ne heurter aucun des principes essentiels de la procédure.

En appel, l'affaire étant jugée par un *magistrat*, qui n'est plus lié par la formule, il n'y a plus de difficulté. Peut-être les rescrits concernant la cessation du cours des intérêts, ont-ils été adressés à des *magistrats* jugeant en cause d'appel.

Quant à l'explication du principe de la cessation du cours des intérêts, comme règle générale, nous renvoyons aux n°s 9 et 10 du chapitre VII. Voyez aussi au n° 7 du chapitre VII, l'explication de la L. 4, C. h. t.

parfaitement naturel, légitime, disons mieux, *nécessaire* de la notion d'équité sur laquelle se fonde l'exception de dol.

S'il y a eu révolution dans notre matière, c'est aux constitutions de sursis qu'elle est due. Ce sont elles qui ont innové, ce sont elles qui méritent, dans l'histoire de notre institution, la place indûment usurpée par le rescrit de Marc-Aurèle.

En résumé, s'il est possible de fixer le sens et la portée du rescrit, on ne saurait être aussi affirmatif quand il s'agit de préciser l'*espèce* concrète qu'il visait ; on peut seulement déterminer les conditions que devait réunir cette espèce.

C'est que le témoignage des Institutes sur le rescrit n'est pas seulement d'un laconisme regrettable, il est encore malheureusement très peu sûr, étant donnée son origine, comme nous allons le voir dans le numéro suivant.

10. — Et d'abord, il est clair que ce passage des Institutes (IV, 6, § 30) nous donne seulement le *résultat* du rescrit, mais ne fournit pas la moindre indication sur l'hypothèse concrète qu'il prévoyait.

Nous disons : l'hypothèse concrète. Nous l'avons déjà dit, mais on ne saurait trop y insister : jamais rescrit, surtout à cette époque, n'a pu décider que la compensation serait désormais admise dans *les actions de droit strict en général*. Un rescrit statue sur un cas déterminé, par exemple celui où l'on a intenté une *condictio ex mutuo*, l'action *judicati*, etc., il ne prononce pas d'une manière absolue et dogmatique sur toute une catégorie d'actions !

Ce que nous donnent les Institutes, c'est donc une appréciation du résultat du rescrit. Mais cette appréciation, de qui émane-t-elle? D'un jurisconsulte classique, ou bien des compilateurs ? Sa valeur, dans le premier cas absolue, devient infime dans le second, les employés de Justinien

étant infiniment moins aptes que nous ne le sommes à comprendre ce qui se passait sous le régime formulaire. Leur témoignage serait d'autant moins sûr qu'il s'agit d'un rescrit; les hommes du sixième siècle étaient naturellement enclins à s'exagérer l'importance de ces décisions impériales, qu'Ulpien se bornait à mettre sur le même pied que la doctrine des auteurs (1).

Voyons donc à qui les compilateurs auraient pu emprunter ce passage.

Ce n'est pas aux *Commentaires* de Gaius, composés vers l'an 161 (2), tandis que le rescrit, indiqué comme étant de Marc-Aurèle seul, ne peut être antérieur à 169.

On sait quels autres ouvrages ont été mis à contribution par les compilateurs : après les *Commentaires* de Gaius, c'est aux *Res cottidianæ* du même auteur qu'ils ont fait le plus d'emprunts; ensuite, mais à un long intervalle, il faut citer, en allant *decrescendo :* les Institutes de Marcien, de Florentinus et d'Ulpien. Enfin, ils ont aussi utilisé le Digeste (3). Ferrini, dans l'ouvrage cité en note, s'est attaché à rechercher l'origine de chaque paragraphe des Institutes, et il y est assez bien parvenu.

Il n'y a pas trace des Institutes d'Ulpien ni de Florentinus dans le quatrième livre. Quant à Marcien, Ferrini (p. 140) remarque que, dans les livres III et IV des Institutes, il est question presque exclusivement des obligations et des actions, matières qui, — quelque étrange que cela

(1) L. 4, § 14, D. *De doli mali except.*, 44, 4 : ... *etiam constitutionibus et sententiis auctorum cavetur.*

(2) Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 186.

(3) Les cas où on aurait utilisé directement d'autres sources sont excessivement rares, ce sont des quantités négligeables. Sur tous ces points, voyez Ferrini, *Sulle fonte delle Istituzioni*, mémoire présenté à l'*Istituto Lombardo* le 10 avril 1890. Voyez aussi mes deux articles dans la *Revue générale du droit*, 1891 : *Les Sources des Institutes de Justinien.*

puisse paraître, — manquent dans les Institutes de Marcien (1). Il n'y a pas de trace de cet auteur dans le quatrième livre, et c'est pourquoi on ne trouve citée dans ce livre qu'une seule constitution de l'époque classique, *c'est précisément le rescrit de Marc-Aurèle*. Marcien se distingue, on le sait, par l'usage vraiment excessif qu'il fait des citations de constitutions. Si l'on avait utilisé Marcien pour le quatrième livre, on y trouverait cité plus d'un rescrit.

Restent donc les *Res cottidianæ* de Gaius, et l'on serait d'autant plus porté à donner cette origine à la phrase des Institutes que, d'après Ferrini (p. 164), la totalité du titre *De actionibus* (IV, 6) aurait été prise dans cet ouvrage, sauf ce qui est l'œuvre personnelle des compilateurs. Le style paraît en effet décisif à cet égard (2).

Mais la mention du rescrit de Marc-Aurèle a-t-elle été prise à cette source?

Sans doute, les *Res cottidianæ* ont été composées après les *Commentaires* (3), par conséquent, possiblement, après le rescrit rendu. Gaius vivait encore en 178 (4). Or, Marc-Aurèle régna seul de 168 à 177. Gaius, dans ses *Commentaires*, cite fréquemment des rescrits, l'un d'eux même peu de temps après qu'il a été rendu (5).

(1) Voir sur ce point Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 225, et Lenel, *Palingenesia*, I, p. 652.

(2) On sait que les jurisconsultes romains reproduisent souvent presque à la lettre, dans certains de leurs ouvrages, des développements donnés par eux dans des livres précédents, et que les *Res cottidianæ* de Gaius contiennent des passages entiers pris dans ses *Commentaires*. Voyez plus haut, p. 58, note 3. Nous avons vu (p. 61) que les §§ 30 et 39 des Institutes (IV, 6) ont certainement été pris dans Gaius, mais peut-être plutôt dans les *Res cottidianæ* que dans les *Commentaires*.

(3) Krueger, *op. cit.*, p. 190.

(4) Il a commenté le *Snc. Orphitien*, qui est de 178 : L. 9, D. *Ad Snc. Tertul. et Orph.*, 38, 17.

(5) Gaius, II, § 126 : *Sed* nuper *imperator Antoninus significavit res-*

De tout cela résulte qu'il n'y aurait rien d'impossible, ni même d'invraisemblable *a priori*, à ce que Gaius eût mentionné le rescrit dans ses *Res cottidianæ*, si nous ne nous heurtions ici à deux objections fort sérieuses :

D'abord, dans tout ce que nous possédons des *Res cottidianæ* au Digeste, bien que les compilateurs nous en aient conservé des extraits assez copieux, qui occupent plus de neuf colonnes dans la *Palingenesia* de Lenel, il n'y existe pas une seule citation de constitution impériale (1) ! Cela peut malaisément être attribué au hasard, si l'on considère que Gaius en cite un assez grand nombre dans ses Commentaires. Il semble donc que ces citations ne cadraient pas avec le caractère des *Res cottidianæ*.

2° Mais, ce qui forme une objection beaucoup plus grave, c'est que, si Gaius avait cité le rescrit, les compilateurs se seraient, comme d'habitude, bornés à copier littéralement ce qu'il en disait. S'agissant ici d'une indication purement historique, ils n'avaient aucune raison d'y changer le moindre mot ; copier est encore plus court que résumer, et l'on sait s'ils sont pressés (2) !

Or, Gaius, qui est la clarté même, nous aurait exposé méthodiquement et par le menu le fonctionnement de l'exception de dol, il ne se fût pas borné à cette indication obscure, énigmatique : « *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* »

Il y a mieux. Ces mots *ne peuvent pas* être de Gaius : Gaius n'a pu dire, parlant au présent, comme les compi-

cripto... — De même lib. XI *ad Ed. provinciale* (L. 42, D. *De donat. inter*, 24, 1) : *Nuper, ex indulgentia principis Antonini.*

(1) Ferrini, *op. cit.*, p. 140.

(2) Qu'on n'oublie pas que les Institutes ont été composées en quelques semaines. Voyez mes *Sources des Institutes de Justinien*, dans la *Revue générale de droit*, 1891.

lateurs parlent au passé : *Sed hodie, in strictis judiciis, ex rescripto..... compensatio* INDUCITUR, car alors il aurait dit une chose *inexacte*. Marc-Aurèle n'a pas *introduit* la compensation dans les actions de droit strict ; elle y était admise bien avant lui, dans les cas si fréquents, si pratiques, de l'*argentarius* et du *bonorum emptor!*

Ni Gaius, ni aucun jurisconsulte classique n'a pu écrire cette erreur. Elle n'a pu être commise que par quelqu'un à qui ces deux manières de compenser n'étaient point familières. Cette raison nous paraît décisive.

Dès lors, il ne reste plus qu'une hypothèse : la phrase en question est l'œuvre des compilateurs ; de Dorothée, s'il faut croire avec Ferrini (1) que les deux derniers livres des Institutes ont été compilés par lui.

Le compilateur, pour terminer le § 30, devait analyser la constitution édictée par Justinien deux ans auparavant et réformant la matière de la compensation. Dorothée, l'un de ceux qui revisèrent l'ancien Code, avait peut-être déjà commencé ce travail, et reporté sur son exemplaire de la première édition du Code les constitutions nouvelles sous les titres auxquels elles correspondaient ; il est même très vraisemblable que, au fur et à mesure que paraissaient les constitutions nouvelles, les compilateurs du Digeste, qui avaient besoin de les retrouver rapidement et de les consulter à chaque instant pour leur travail, les avaient fait ajouter à la fin des titres correspondants de l'ancien Code.

Le rédacteur des Institutes a dû trouver le rescrit de Marc-Aurèle en tête du titre *De compensationibus* dans l'ancien Code, — et comment l'aurait-il connu autrement?

Pour retracer la marche historique de la compensation, il a tout simplement analysé la première et la der-

(1) *Delle origini della paraphrasi (Archivio giuridico*, t. XXXVII, p. 368-379).

nière des constitutions rendues en cette matière, savoir: le rescrit de Marc-Aurèle et la constitution de Justinien (1).

Nous n'attachons donc pas une importance excessive aux termes dans lesquels les Institutes nous parlent du rescrit, et nous croyons qu'il serait imprudent de bâtir un système en s'appuyant exclusivement sur les expressions de ce passage, comme on pourrait le faire avec beaucoup plus d'assurance si l'on était sûr que c'est là le témoignage d'un jurisconsulte classique. Malheureusement, le contraire paraît certain.

Cependant, le système que nous avons adopté, cadre fort bien avec ce passage, ainsi que nous l'avons vu. Nous ne serons donc pas suspects d'en rabaisser la valeur pour les besoins de notre cause.

11. — Reste la paraphrase de Théophile.

Voici ce que nous y lisons (2) :

Ταῦτα μὲν οὖν ἡ φύσις βούλεται τῶν bonæ fidei *δικαστηρίων· ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος, εἰ κινῶν τις κατ' ἐμοῦ περὶ ἰ νομισμάτων τυχὸν, εἰ καὶ ἀντεποφείλει ἐ νομίσματα, εἰς τὰ ἰ οὐδὲν ἧττον καταδικασθήσομαι. Καὶ ταῦτα μὲν ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς· διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως ἥτις φησὶν, ἐναγόμενον με στρίκτᾳ ἀγωγῇ περὶ ἰ νομισμάτων καὶ ἀντεποφειλόμενον ἐ, δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν· καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν κομπεσσατίωνα καὶ εἰς ἐ μόνα καταδικάσαι νομίσματα.*

« Voici ce qu'exige la nature de l'action de bonne foi (elle exige la compensation.)

« Mais, dans les actions de droit strict, comme on s'at-

(1) Les constitutions de sursis figuraient aussi peut-être dans l'ancien Code, après le rescrit de Marc-Aurèle. La seconde édition devait les supprimer comme contraires à la constitution de Justinien. En effet, elles attribuaient à toute demande reconventionnelle un effet de sursis que Justinien restreint aux demandes liquides.

(2) IV, 6, § 30.

tache à la rigueur du droit, si celui qui m'actionne pour une créance de dix solides me doit lui-même cinq solides, cependant je serai condamné à dix solides. Voilà ce qu'exige la rigueur du droit. Mais Marc-Aurèle a fait une constitution qui dit ceci : si je suis actionné pour dix solides par une action de droit strict, et qu'il me soit dû cinq solides, je puis opposer l'exception de dol à cette action. L'effet de cette exception opposée est de fournir au juge l'occasion d'admettre la compensation et de ne me condamner qu'à cinq solides. »

Voyons d'abord en quoi ce témoignage se concilie avec le système que nous avons suivi, et en quoi il s'en écarte.

Nous avons supposé que le rescrit de Marc-Aurèle est intervenu en faveur d'une personne poursuivie par l'action *judicati*, ou une autre action de droit strict, et opposant en compensation une créance certaine et liquide. La paraphrase ne contient rien qui démente cette conjecture, car, dans notre hypothèse, nous avons vu que, grâce à une division de la formule du demandeur en deux formules distinctes, dans l'une desquelles on insérait l'exception de dol, on aboutissait fort bien à ne condamner le défendeur qu'à la différence (1).

Sous la procédure extraordinaire, c'était encore plus simple : le résultat du procédé précédent subsistait seul, et le juge-magistrat, devant qui le défendeur invoquait l'exception de compensation, condamnait *de plano* à la différence (2).

Nous avons admis que, dans le cas du rescrit, les deux créances portaient sur de l'argent ; c'est précisément ce que suppose la paraphrase.

Reste la condition de certitude et de liquidité chez la

(1) Voyez ci-dessus le n° 8 de ce chapitre, p. 283 et s.
(2) Voyez ci-dessus, n° 8, *in fine*.

créance reconventionnelle, condition nécessaire pour que l'exception de dol soit rationnellement admissible. La paraphrase n'en parle pas. Elle ne contient rien, il est vrai, qui démente cette exigence : les expressions dont elle se sert conviennent parfaitement à une créance certaine et liquide, mais enfin elle ne signale pas cette condition. Cela ne saurait nous surprendre. Très peu de temps après le rescrit, grâce aux constitutions que nous a révélées le texte de Macer (1), cette condition devint pratiquement superflue. Si la créance du défendeur n'était pas liquide, elles lui donnaient le temps de la faire liquider : les deux sentences étant rendues en même temps, on retombait dans le cas précédent ; et quand, moins d'un siècle plus tard, la procédure extraordinaire prévalut, rien n'empêcha plus le magistrat-juge d'opérer lui-même la soustraction, et de ne plus prononcer qu'une sentence. C'est pourquoi Théophile n'a pas parlé de la condition de certitude et de liquidité, qui disparut presque immédiatement.

Nous avons enfin soutenu que le rescrit statuait sur un cas concret. La paraphrase ne confirme ni ne contredit entièrement cette idée.

D'une part, en effet, elle parle d'actions de droit strict en général, tandis que le rescrit devait statuer dans le cas d'une action de droit strict déterminée. D'un autre côté, elle donne des chiffres aux deux créances, en ayant l'air de relater l'hypothèse même du rescrit.

Mais les chiffres choisis (10 et 5) nous montrent clairement que nous sommes en présence d'un exemple d'école, et non d'un rescrit concret. Théophile a beau dire : Marc-Aurèle a fait une constitution qui dit (ἥτις φησὶν)..., il est bien certain que c'est là une façon de parler, et que l'empereur n'a pas plus traité des actions de droit strict *en*

(1) L. 1 § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8.

général, qu'il n'a supposé un créancier de dix reconventionnellement débiteur de cinq.

La paraphrase, donc, ne saurait être invoquée contre le système ici adopté ; elle lui est plutôt favorable. Mais quand elle le confirmerait de tout point, il n'y aurait là, disons-le bien vite, aucun argument décisif en faveur de cette doctrine, pas plus qu'un défaut complet de concordance ne constituerait une objection grave.

La paraphrase, en effet, nous l'avons vu au chapitre premier, c'est l'œuvre hâtive et irréfléchie d'un auteur qui ne s'est pas donné la peine de faire la moindre recherche, et qui, sous prétexte d'explications, quand il n'en donne pas d'absurdes, se contente bien souvent de délayer le texte des Institutes (1). On peut être sûr que ce texte des Institutes a été la base unique de la paraphrase de Théophile sur le rescrit de Marc-Aurèle (2).

Théophile savait-il seulement qu'antérieurement à Marc-Aurèle la compensation était admise dans les actions de droit strict, grâce à la *compensatio* de l'*argentarius* et à la *deductio* du *bonorum emptor?* On en peut douter quand on le voit insister sur l'idée que la compensation était exclue de l'action de droit strict, et corroborer cette erreur par un exemple, sans même faire allusion, par un seul mot, à des exceptions possibles.

Si, comme le croit Ferrini (3), c'est Dorothée qui a fait les deux derniers livres des Institutes, il est fort possible que Théophile n'ait jamais lu *dans l'original* le quatrième livre des *Commentaires* de Gaius, qui lui eût donné des notions précises sur la *compensatio* et la *deductio*.

(1) Voyez plus haut, chap. 1er, numéros 14-16.
(2) D'autant plus que ce n'est probablement pas Théophile, mais Dorothée qui avait composé le texte du IVe livre des Institutes. Voyez Ferrini, *Archivio giuridico*, XXXVII, p. 368 et suiv.
(3) *Archivio giuridico*, t. XXXVII, p. 373 et suiv.

Sans doute, les *Commentaires* de Gaius étaient pratiqués dans les écoles byzantines, mais c'était probablement sous forme d'abrégés, dans lesquels on avait supprimé tout ce qui regardait la procédure formulaire : quelque chose d'analogue à l'*Epitome* qu'ont utilisé les Visigoths. On sait que le quatrième livre de Gaius n'a absolument rien fourni à cet abrégé réduit à deux livres.

12. — Il est temps de tirer la conclusion du système que nous avons adopté. Les constitutions de sursis avaient une portée bien plus vaste que le rescrit. Une créance quelconque, pourvu qu'elle fût exigible, pouvait faire l'objet d'une demande reconventionnelle, et, d'après ces constitutions, cette demande reconventionnelle arrêtait toute mesure d'exécution de la part du créancier principal, jusqu'à la liquidation de la demande reconventionnelle. On aboutissait ainsi à une compensation opérée entre les deux condamnations, soit par les parties elles-mêmes, soit, à leur défaut, par le juge sur l'action *judicati*. La compensation était faite *de plano* par le juge lui-même toutes les fois que ce juge était magistrat, c'est-à-dire en cas de *cognitio extraordinaria*, d'appel, et toujours sous la procédure extraordinaire.

Dès lors, la *mutua petitio*, c'est-à-dire la demande reconventionnelle intentée dans un but de compensation, absorba nécessairement la compensation proprement dite, c'est-à-dire cette soustraction qui avait lieu sans que le défendeur eût à former une demande reconventionnelle.

Le rescrit et son procédé, l'exception de dol, s'éclipsent devant une institution qui les dépasse. Une fois les deux créances liquidées par jugement, la compensation s'imposait aux parties ; l'on n'avait jamais besoin d'invoquer l'exception. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, dans les sources qui nous sont parvenues, il ne subsiste absolument

aucune trace du rescrit de Marc-Aurèle, ni du procédé de compensation dont il parlait.

On allèguera que les compilateurs byzantins ont soigneusement effacé ces traces, parce que, d'après la constitution de Justinien, la compensation doit s'opérer *ipso jure;* toute mention de l'exception de dol eût été un anachronisme.

Ils ont sans doute effacé de la seconde édition du Code, la seule que nous possédions, le rescrit de Marc-Aurèle ; mais quant à effacer tout vestige de l'institution, si elle avait duré, si elle avait laissé de nombreuses traces dans les écrits des jurisconsultes, les compilateurs étaient trop irréfléchis et trop pressés pour y arriver. Les textes qu'ils nous ont transmis contiennent de nombreuses traces d'autres institutions également abrogées ; comment auraient-ils réussi à faire table rase pour celle-là ?

Non ! Du temps d'Ulpien et de Paul, le rescrit était sensiblement dépassé par la *mutua petitio.* Voilà pourquoi il n'en est plus question dans les sources.

13. — Cependant Dernburg a cru trouver la trace de l'exception de dol, invoquée dans un but de compensation, dans quelques textes du Digeste qu'il nous faut examiner maintenant, en empruntant à Eisele les développements qu'il y consacre (1).

Le savant auteur commence par faire sur ces textes deux remarques préalables :

1° Dans aucun d'eux on ne trouve les expressions *compensare* ou *compensatio*, ce qui suffirait à montrer qu'il n'y est pas question de compensation. Dira-t-on que ces mots ont pu être effacés par les compilateurs ? Mais, ce qui pouvait les choquer, ce n'était pas le mot de *compensatio*, c'était l'exception de dol considérée comme moyen d'ar-

(1) Eisele, *Compensation*, § 9, p. 92 et s.

river à la compensation. Cependant, ils auraient laissé précisément subsister la mention de l'exception de dol, qu'ils auraient dû retrancher si le texte se fût rapporté à la compensation ! Si maladroits qu'ils puissent être, il faudrait bien du malheur pour qu'ils y aient retranché ce qu'ils pouvaient y laisser sans inconvénient, et laissé subsister ce qu'ils devaient retrancher !

2° Aucun de ces textes ne dit d'ailleurs que, si l'exception de dol réussissait, la condamnation était diminuée.

Le premier de ces fragments est la L. 8, § 1, D. *Ratam rem haberi*, 46, 8, extraite de Venuleius, lib. 15 stipulationum (1) :

Si procurator a debitore pecuniam exegerit, et satisdederit dominum ratam rem habiturum, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem (2) *amiserit, committi stipulationem, et si procurator eamdem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed cum debitor ex stipulatu agere cœperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.*

« Si un procureur (3) a fait payer un débiteur du maître et a donné caution que le maître ratifierait, puis que le maître poursuive le débiteur pour cette dette et laisse périmer l'instance, la stipulation est encourue, et si le procureur a payé cette même somme au maître, sans y être contraint par justice, il aura la *condictio* (4). Mais le débi-

(1) D'après Fitting, *Alter der Schriften*, etc., cet ouvrage aurait été probablement écrit avant Marc-Aurèle. Il est certain que Venuleius fut Préteur sous Marc-Aurèle et Lucius Verus *(Divi fratres)*. Voyez L. 6, § 7, D. *Mandati*, 17, 1.

(2) Sous-entendu : *tempore :* il s'agit de la péremption d'instance.

(3) Le *procurator* du droit romain est celui « *qui curat pro* », qu'il ait d'ailleurs ou non mandat à cet effet. Ce peut donc être un simple gérant d'affaires.

(4) En effet, il a opéré ce versement pour que le maître ratifiât. Or

teur actionnant le procureur en vertu de la stipulation, si le maître prend fait et cause pour le procureur, il invoquera utilement l'exception de dol contre son débiteur, parce que la dette naturelle subsiste. »

Ainsi le débiteur agit contre le procureur, parce que celui-ci n'a pas obtenu la ratification ; il lui demande des dommages-intérêts par l'action *ex stipulatu*. Raisonnant rigoureusement, le débiteur lui dit : le paiement que je vous ai fait n'a servi de rien, car si je ne vous avais pas payé, je n'en serais pas moins libéré, puisque le créancier a laissé périmer son instance contre moi ; or je ne vous ai payé que moyennant une ratification que vous n'avez pas obtenue. Rendez-moi donc mon argent !

Ce raisonnement, certains jurisconsultes romains le faisaient dans un cas tout à fait analogue :

Si un procureur n'a obtenu la ratification qu'après la prescription accomplie au profit du débiteur, c'est comme s'il ne l'avait pas obtenue, et le voilà forcé de rendre au débiteur le paiement qu'il en a reçu. Telle était la solution de Julien, rapportée par Africain (1), donc celle de l'école Sabinienne.

Les Proculiens, par l'organe de Celse (2), se montraient moins rigoureux.

Le débiteur, ayant payé alors qu'il était encore tenu, ne pouvait, selon eux, rien réclamer en ce cas au procureur.

On retrouve la même divergence encore dans une question analogue. Si le maître a d'abord refusé de ratifier, le procureur peut être actionné en vertu de la stipulation, dit Julien, même si le maître se ravisant, a déclaré

le maître ne ratifie pas puisqu'il poursuit le débiteur. Le procureur a donc versé *sine causa*. — Toutefois, la *condictio* n'est jamais accordée à celui qui a payé en vertu d'un jugement : Inst. III, 27 § 7.

(1) L. 25, D. *Ratam rem haberi*, 47,8.

(2) L. 71 § 1, D. *De solutionibus*, 46,3,

ensuite vouloir ratifier (1). Ulpien, qui rapporte cette opinion, la corrige en ces termes : «*sed ego puto exceptionem doli mali locum habituram*».

Eh bien, c'est une question analogue qui s'élevait dans le cas prévu par le texte que nous commentons. Le débiteur a été actionné par le créancier, et par conséquent la promesse de ratification faite par le procureur n'a pas été tenue ; il est vrai que le créancier ayant laissé périmer l'instance, le débiteur n'en a pas souffert, comme dans le cas où le créancier a laissé la prescription s'accomplir et dans celui où il a ratifié après s'y être d'abord refusé.

Eh bien, dans notre cas, actionné par le débiteur, le procureur peut lui répondre : « Il y a dol de votre part à invoquer le défaut de ratification du créancier, car le voilà qui ratifie maintenant, en prenant fait et cause pour moi *(si defensionem procuratoris suscipiat)*. Et ne dites pas que cette ratification ne vous sert plus de rien maintenant, attendu que vous êtes déjà libéré de toute obligation par la péremption de l'instance, car elle vous libère de l'obligation naturelle, de la dette d'honneur dont vous restiez tenu envers le créancier. »

Voilà le sens certain du texte. On voit qu'il n'a rien à faire avec la compensation.

Dernburg s'imagine que dans le cas prévu, le créancier, par l'exception de dol, fait valoir en compensation sa créance naturelle.

Or, non seulement il ne s'agit pas ici de compensation, mais il ne peut pas en être question :

En effet, *les parties ne sont pas respectivement créancières et débitrices !*

(1) L. 12, § 2, D. *Ratam rem haberi*, 46. 8, — Dans ce texte les mots : « *si quod procuratori fuerat solutum exegerit* » sont interpolés. Si le maître actionne le débiteur qui a payé au procureur, il n'y a plus de question et la stipulation est encourue. On comprend tout de suite la bonne, mais maladroite, intention de l'interpolateur.

Le demandeur n'est pas créancier du maître ; il n'actionne pas le maître, mais le procureur ; dès lors le maître ne saurait lui opposer quoi que ce soit en compensation.

Il ne le peut pas, même en venant prendre la défense de son procureur : il a beau vouloir faire sienne la dette de son procureur, peu importe ! Jamais un créancier n'est tenu de compenser sa créance avec la dette dont il est redevable envers un autre que son débiteur : *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare* (1).

Le second texte où Dernburg a cru voir l'exception de dol opposée dans un but de compensation, n'est pas plus favorable à sa thèse :

L. 4, § 8, D. *De except. dol.*, 44,4, Ulpianus, lib. 76 ad Edictum :

Item quæritur, si uniones tibi pignori (2) *dedero, et convenerit ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint, et pecuniam petas? Extat Nervæ et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum : « Si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi redderentur». Sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.*

« De même, on demande ce qui arriverait dans le cas où je vous aurais donné en gage (lisez : en fiducie) des perles, étant convenu que vous me les rendrez lors du paiement

(1) L. 18, § 1, D. h. t. Ce motif catégorique dispense de tout autre. Eisele ajoute que la créance du créancier ne saurait être opposée en compensation à qui que ce soit, parce qu'elle est paralysée par une exception, or : *Quæcumque per exceptionem elidi possunt, in compensationem non veniunt*, L. 14, D. h. t. — *Javolenus*, auteur de ce fragment, avait probablement écrit: *in deductionem,* car au livre XV *ex Cassio*, il traite visiblement de la *venditio bonorum*. Voyez Lenel, *Palingenesia*, Javolenus, 68.

(2) Ulpien avait probablement écrit : *fiduciæ*, et non pas *pignori*.

de la dette, si ces perles avaient péri par votre faute et que vous me réclamiez le paiement? Il existe une réponse de Nerva et d'Atilicinus disant qu'il faut alors opposer une exception ainsi conçue : S'il n'a pas été convenu entre vous et moi que ces perles me seraient rendues lors du paiement. Mais il faut dire plutôt que l'exception de dol nuira au créancier. »

Dernburg croit qu'ici le débiteur oppose à son créancier en compensation la créance en restitution des perles engagées. Il oublie que le texte rapporte une réponse de Nerva et d'Atilicinus, qui vivaient près de cent ans avant Marc-Aurèle. De leur temps, à coup sûr, la compensation n'était admise que dans trois cas : *ex eadem causa* dans les actions de bonne foi, pour l'*argentarius* et pour le *bonorum emptor*. Or, il est visible que nous ne nous trouvons ici dans aucun de ces trois cas, par conséquent il ne saurait être question de compensation. Compensation bien étrange, d'ailleurs, entre des perles et de l'argent!

Le texte s'explique d'une manière assez simple; il s'agissait de fiducie.

Un débiteur avait donné en fiducie des perles (1). Nous disons en fiducie et non en gage : Ulpien avait écrit *fiduciæ* et non *pignori*. En effet, s'il se fût agi d'un gage, à quoi eût servi la convention : « *ut uniones soluta pecunia redderentur* » ? L'obligation de restituer le gage naît du contrat même, à quoi bon ajouter un pacte exprès que les jurisconsultes mettent en relief, et sur la base duquel ils construisent une exception spéciale? Au contraire,

(1) Il ne faudrait pas objecter que la fiducie suppose une mancipation (ou une *cession in jure*, procédé peu pratique) et que des perles, *res nec mancipi*, ne se mancipent point, car Pline, *Hist. Nat.*, IX, 58,60, dit, précisément à propos de cette même espèce de perles *(uniones) : in mancipatum venit*. On n'a jamais réfuté ce témoignage, on a cherché seulement à en discuter l'importance. Voyez Bauby, *De la Mancipation*, Paris, 1894, p. 86 (thèse de Montpellier).

quand on mancipe *fiduciæ causa*, il est nécessaire de joindre à l'acte une convention, un *pactum fiduciæ*, qui détermine dans quelles conditions l'objet doit être rendu. C'est ce que nous révèle la *formula baetica* (1) :

Après la mancipation faite *fiduciæ causa*, on convient que : « *usque eo is fundus eaque mancipia fiduciæ essent, donec ea omnis pecunia persoluta, fidesque Lucii Titii soluta liberataque esset* » (2). De cette formule, il résulte clairement qu'avant d'avoir payé sa dette, le débiteur ne peut exiger la restitution de la chose. Ici, il devrait donc, en droit strict, commencer par payer, quoique sachant que le créancier, par sa faute, ne pourra rendre les perles. On voit à quel danger il serait exposé, et combien l'exception qu'on lui accorde lui est utile. Ulpien, plus hardi que Nerva, au lieu d'une exception *in factum*, donne l'exception de dol. Réclamer le paiement de la dette, quand on sait qu'on s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de rendre la fiducie, c'est, selon lui, commettre un dol.

Les autres textes invoqués par Dernburg ne méritent pas une réfutation en règle (3).

14. — Dans les textes qui n'ont pas passé par les mains des compilateurs, il n'est pas plus question d'opérer la

(1 et 2) Bruns, *Fontes*, 6e édition, p. 293. — Girard, *Textes*, 1re édition, p. 707 : 2e édition, p. 740.

(3) Dans la L. 43, pr., D. *De pign. act.*, 13,7, le jurisconsulte évite de répondre à la question de savoir si l'exception de dol pouvait être opposée ; on ne peut donc tirer aucun argument de ce texte. — La L. 23, D. *Soluto matrimonio*, 24, 3, se borne à dire que, dans l'espèce prévue, les impenses faites sur la dot de la femme qui a épousé un esclave par erreur et qui réclame la restitution de cette dot, seront retenues au moyen de l'exception de dol; sur ce point, voyez plus loin au chapitre VI, n° 12, ce que nous disons du fonctionnement de l'exception de dol en matière d'impenses. Reste la L. 8, D. *De doli mali except.*, 44,4 (= L. 173, D. *De Reg. juris*, 50,17). On n'a qu'à lire la suite de la L. 8 pour voir que les mots : « *dolo facit qui petit quod redditurus est* », s'appliquent au cas où l'héritier réclame un paiement au mépris d'un legs de libération.

compensation par l'exception de dol, que dans les sources expurgées par Justinien. On a pourtant voulu rattacher au rescrit un texte des Sentences de Paul qui y est absolument étranger. Il nous a été conservé par la *Lex romana Visigothorum* ou Bréviaire d'Alaric, sous le titre *De pignoribus;* Paul, *Sent.*, II, 5, § 3 :

Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur (1), *velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis.*

« La compensation d'une dette portant sur des espèces similaires, mais née d'une cause différente, est admise : par exemple, si je vous dois de l'argent et que vous m'en deviez aussi, ou bien du blé, ou d'autres choses de ce genre, vous devez compenser ou déduire ; si vous réclamez le tout, vous perdez votre procès par suite de la *plus petitio.* »

L'*interpretatio,* que l'on trouve dans le Bréviaire d'Alaric, n'est pas de nature à beaucoup éclairer la question ; c'est, comme d'habitude, une paraphrase presque aussi brève que le texte :

Si quis debeat alicui solidos decem, et illi qui debet de quacumque ratione debeantur a creditore suo solidi quinque, et veniat creditor et totos decem solidos a debitore petat, si probaverit ille debitor sibi ab eo quinque solidos deberi, quare illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare. Similis ratio est et de frumento et de aliis speciebus.

(Remarquez l'exemple d'école (10 et 5) ; c'est celui que prendra plus tard Théophile, voyez plus haut, p. 300 *in fine.)*

(1) Huschke (*Jurisprudentia antejustinianea)* propose : *Compensatio debiti paris speciei et ex causa dispari.*

Si l'on a voulu rapporter ce fragment au prétendu droit introduit par le rescrit, c'est qu'on s'est exagéré l'importance pratique de cette constitution. Quelle qu'ait pu être la décision de Marc-Aurèle, elle a été éclipsée, nous l'avons vu, par les constitutions de sursis, par l'effet desquelles, à la seule condition d'intenter une *mutua petitio*, on a pu opposer en compensation des créances liquides ou non, ayant un objet quelconque, pourvu qu'elles fussent exigibles. C'était aller beaucoup plus loin que le rescrit, dont la disposition se trouva ainsi noyée dans une législation plus large.

Si Paul n'a pas parlé de cette réforme si grave, à plus forte raison n'avait-il pas à nous parler du rescrit, dont l'importance était moins grande. On aurait sans doute beaucoup surpris Paul, si on lui avait dit que, depuis un rescrit de Marc-Aurèle, le compensation s'opérait par l'exception de dol !

Au surplus, si Paul a voulu parler dans ce passage du droit établi par le rescrit, comment se fait-il qu'il n'y soit pas question de l'exception de dol, qui est pourtant la clef de voûte, la pièce essentielle de la réforme ? Sans doute, le texte a été fortement abrégé par les compilateurs du Bréviaire, comme nous allons le dire plus loin ; mais, n'eussent-ils dû conserver qu'une seule chose du mécanisme par lequel le rescrit voulait que la compensation s'opérât, c'était l'exception de dol qu'ils auraient nécessairement gardée ; même sous la procédure extraordinaire, les exceptions subsistent !

Non ! ce dont Paul parlait dans ce passage, c'était de la *compensatio* de l'*argentarius*, qui subsistait, nous l'avons vu, à l'époque de Paul (1). Nous avons vu aussi que la formule de l'*argentarius* se plaçait dans l'Edit du Préteur —

(1) Voyez ci-dessus, chapitre III, §§ 12 à 24 et § 49.

dont les *Sentences* suivent à peu près l'ordre (1) — à la fin du titre : *De rebus creditis*, dans le voisinage des actions *commodati*, *pigneraticia*, *exercitoria*, *institoria*. Or, dans les *Sentences* de Paul, le passage sur la compensation se trouve précisément intercalé entre un texte relatif à l'action *pigneraticia* et la rubrique du titre VI : *De exercitoribus et institoribus*. Lenel (2) voit aussi dans notre passage une trace de l'action *cum compensatione*. C'est à propos de cette action qu'il le cite. Il l'invoque même pour prouver que la place de cette action, dans l'Edit, se trouvait après l'action de commodat et de gage.

C'est donc de l'action *cum compensatione* qu'il s'agit ici, et elle y est assez clairement désignée pour qu'on ne puisse la méconnaître (3). Mais, selon toute apparence, les compilateurs du Bréviaire d'Alaric ont mutilé ce fragment par de considérables abréviations.

M. Girard (*Textes*, 2e éd., p. 313) dit que l'ouvrage de Paul est sorti des mains des compilateurs visigoths considérablement mutilé, parfois jusqu'à l'obscurité, au point de ne correspondre peut-être qu'au sixième de l'original qu'il remplace. D'ailleurs, si l'on veut se faire une idée de l'importance des coupures, on n'a qu'à comparer : Paul, *Sent.*, I, 9, §§ 2, 4, à L. 21, *pr.*; L. 34 ; L. 48, §§ 1 et 2, D. *De minoribus*, 4, 4 ; on verra tout ce qui a été retranché dans le Bréviaire, et cela en admettant que les compilateurs du Digeste n'aient pas eux-mêmes fait des coupures (4).

(1) Voyez Girard, *Textes*, p. 296, première édition, et 312 de la seconde. Voyez aussi plus haut, p. 133 et 134.

(2) Lenel, *Das Edictum*, p. 202.

(3) En ce sens, voyez Bethmann-Hollweg, p. 285 ; Sintenis, *Lindes Zeitschrift*, t. XVIII, p. 36 et suiv ; Desjardins, *op. cit.*, pages 79 et suiv.

(4) Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 311, dit : « Quelques Sentences ont été défigurées par l'abréviation qu'elles ont subies ; on trouve

Ce qui désigne ici clairement l'action *cum compensatione*, c'est la mention de la *plus petitio;* c'est encore la condition de fongibilité des deux créances, exprimée dans des termes tout à fait analogues à ceux que Gaius emploie à propos de l'*argentarius* (1).

Toute mention relative à la rédaction spéciale de la formule devait disparaître de l'œuvre des Visigoths, le système formulaire, abandonné depuis deux siècles, étant alors profondément oublié : si bien que, dans le résumé qu'on avait fait des Institutes de Gaius, le quatrième livre, consacré aux actions, brillait par son absence (2). Supposons, par exemple, que Paul eût écrit : « *(In ea formula qua argentarius experitur), compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur*, etc..., » les compilateurs n'ont eu qu'à supprimer les six premiers mots : *In ea... experitur,* pour généraliser la solution, ce qu'ils ont

même des interpolations, mais on ne saurait distinguer ici avec sécurité quelle part de responsabilité incombe à la commission, et quelle à la défectuosité des manuscrits dont elle s'est servie. » Dans la préface de son édition des Sentences de Paul (*Collectio librorum juris antejustinianei*, t. II, p. 41), il ajoute : « Bien que les compilateurs n'eussent pas reçu mission d'interpoler les textes, cependant la fidélité avec laquelle ils nous ont transmis les Sentences n'est pas au-dessus de tout soupçon. » — M. Girard, *Textes*, p. 296 (313 de la 2e édition), suivant la doctrine de Krueger, dit aussi : « Le texte porte quelques traces de remaniement, et même, au moins en deux endroits (I, 19,1 ; II, 31,12), d'interpolation caractérisée, sans qu'on puisse, au reste, dire si la reponsabilité en remonte aux Wisigoths ou à leur source. »

En ce qui touche notre passage (II, 5, § 3), je serais assez porté à croire que l'abréviation, qui défigure complètement le texte, est antérieure aux compilateurs, parce que l'*interpretatio* cadre parfaitement avec la rédaction actuelle ; or elle parait être antérieure à la *Lex romana ;* c'est un travail déjà fait que les compilateurs ont utilisé. Voyez Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 312.

(1) Gaius, IV, 66.

Gaius, IV, 66.	Paul, II, 5 § 3.
... veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino...	*... velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cetera hujusmodi.*

(2) Voyez plus haut, chapitre 1er, n° 8, p. 20.

cru devoir faire, se disant qu'il n'était plus besoin *de la subtilité des formules* pour invoquer le bénéfice équitable de la compensation. Raisonnement inexact, évidemment, mais leur capacité intellectuelle, comme leur science, étaient sans doute bien inférieures à celles des compilateurs byzantins, et l'on sait de quoi ces derniers sont capables. Peut-être Paul avait-il écrit « *argentarius* » ou « *ille* » là où nous lisons « *tibi, tu* »; peut-être les verbes étaient-ils à la troisième personne du singulier : *debeat, debet, petat, cadit* (1); encore cela n'est-il pas nécessaire.

Ces corrections au texte de Paul sont d'ailleurs, à mon gré, antérieures à la compilation visigothe.

Si l'on n'admettait pas que le texte de Paul fût originairement spécial à l'*argentarius*, il faudrait supposer quelque chose de bien plus surprenant. Il faudrait croire que du temps de Paul l'action *cum compensatione* avait été généralisée, et imposée à tous ceux qui réclamaient une somme d'argent ou des quantités, et à qui on opposait une créance portant sur des choses fongibles de même espèce. Ce péril de la pluspétition, qui s'explique si bien quand il s'agit de banquiers, tenus à savoir le montant exact de leurs créances et de leurs dettes, ne se comprendrait pas appliqué à tout le monde. Ce n'est pas dans la voie d'une extension et, par conséquent, d'une aggravation de ce danger de procédure, que le droit romain a marché, tout au contraire !

Quant à l'action *cum deductione*, on serait peut-être tenté d'en trouver une trace dans les mots : « *vel deducere* » *(compensare vel deducere debes)*. A l'appui de cette idée, on pourrait alléguer que Paul a pu fort bien rapprocher,

(1) Voyez la correction analogue faite par les compilateurs du Digeste à un autre texte de Paul, la L. 4., D., *h. t.*, plus haut, p. 141 et p. 155 Une variante d'un manuscrit (le *Codex Gothanus*, écrit probablement au dixième siècle) donne *debuit*, *petat* et *cadet*. Voyez l'édition de Hænel.

dans ce livre élémentaire, la *deductio* du *bonorum emptor* de la *compensatio* de l'*argentarius*, comme le fait Gaius, IV, §§ 64-68.

En ce qui touche la *deductio*, l'abréviation aurait été encore plus forte que pour la *compensatio* : la *venditio bonorum*, et par suite la *deductio* du *bonorum emptor*, ayant disparu avec les formules (1). De ce que Paul pouvait en dire, il ne serait resté que ce seul mot : *vel deducere*.

Cela est possible, en effet. Il peut se faire que l'abréviateur, supprimant tout le passage relatif à la *deductio*, ait cru le résumer en transportant les mots « *vel deducere* » dans le passage relatif à l'*argentarius* (2).

Il est possible aussi que ces mots ne soient qu'un maladroit glossème, inséré par quelqu'un qui avait vu les textes classiques parler, non seulement de *compensatio*, mais de *deductio*.

Enfin, la plus vraisemblable des conjectures est peut-être celle de M. Desjardins (p. 83) : *compensare* peut indiquer la compensation ayant lieu pour le tout; *deducere*, celle qu'on opère jusqu'à concurrence de la créance du défendeur, plus faible alors que celle du demandeur. N'oublions jamais que les Romains parlaient latin, et que des expressions qui, transportées dans notre langue, prennent nécessairement un sens technique étroit, pouvaient

(1) Inst., III, 2.

(2) Les abréviateurs des Sentences ne sont pas très intelligents : ils confondent une action naturellement au double, celle de *modo agri*, avec les actions au double *adversus infitiantem*, et ajoutent à la liste de ces dernières actions l'action *de modo*. Voyez Paul, Sent., I, 19, 1, comparé à II, 17, 4. Girard, *Textes*, p. 308 (325 de la 2e édition), note 1, qualifie cette adjonction de mensongère. — Quant aux compilateurs du *Bréviaire d'Alaric*, ils étaient bien inférieurs aux commissaires de Justinien. La loi des citations avait été pour eux un précédent mal interprété. Ils ont cru supprimer les difficultés en abrégeant les sources du droit. Comme si les difficultés naissaient de l'étendue des lois, et non pas surtout de la complication des intérêts!

être employées par eux dans un sens plus large. D'ailleurs, on ne peut pas dire du *bonorum emptor :* « *deducere debet* », comme on peut dire de l'*argentarius :* « *compensare debet.* » L'*argentarius* opère lui-même la soustraction ; on peut donc dire à bon droit qu'*il doit* compenser. Le *bonorum emptor*, au contraire, n'opère pas lui-même la soustraction : on ne saurait donc dire de lui qu'*il doit* déduire *(deducere debes).*

De tout cela, nous devons conclure que Paul n'a pu écrire : « *compensare vel deducere debes* », en employant le mot *deducere* dans le sens technique d'*agere cum deductione*, car il parle ensuite de pluspétition, « *si totum petas* ». Or, on peut impunément réclamer la totalité de sa créance par l'action *cum deductione* (1).

En tout cas, on voit qu'il serait souverainement imprudent d'admettre, parmi les matériaux avec lesquels on peut espérer reconstituer l'histoire de la compensation, un texte visiblement altéré, et de fonder des raisonnements sur cette base trop peu sûre (2).

Nous avons employé une méthode plus sévère.

Pour interpréter les textes, souvent altérés, que nous a transmis Justinien, nous n'avons utilisé que trois documents :

L'un est absolument sûr : j'ai nommé les *Commentaires* de Gaius.

Le second, le texte de Macer (3), est aussi absolument sûr, en ce qu'il nous dit des constitutions de sursis, parce que, comme nous l'avons déjà montré, c'est là un témoignage que les compilateurs ont laissé passer par inadver-

(1) Gaius, IV, § 68, *in fine*.

(2) Ajoutez à ces observations la remarque exégétique que nous avons faite plus haut, chapitre III, § 24, *in fine*, p. 155.

(3) L, 1 § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49,8.

tance, alors qu'ils auraient dû l'arrêter en route ; ils n'ont donc pu l'altérer.

Le troisième, c'est le passage des Institutes sur le rescrit de Marc-Aurèle : celui-là, nous ne l'avons employé qu'avec la plus grande circonspection. On ne peut, en effet, s'y fier que pour les grandes lignes, c'est-à-dire que les rédacteurs des Institutes n'ont inventé sans doute ni l'existence, ni le contenu essentiel du rescrit. Il y a eu un rescrit de Marc-Aurèle, approuvant l'emploi de l'exception de dol, pour aboutir à une compensation, dans un cas d'action de droit strict ; mais voilà tout ce que nous pouvons tirer de certain de cette source.

Sur ces trois bases, nous avons essayé de restaurer l'édifice ancien ; avec ces trois données, nous avons tâché de retracer l'évolution de cette institution remarquable. Cette manière de la concevoir nous paraît plus simple, plus naturelle que les autres. Il nous semble aussi qu'elle échappe aux objections très graves qu'ont suscitées les autres systèmes sur le rescrit, systèmes qu'il nous faut maintenant examiner.

CHAPITRE VI [1]

AUTRES SYSTÈMES SUR LE RESCRIT DE MARC-AURÈLE

AVANT-PROPOS

1. Controverses sur la question de savoir si l'exception de dol était, dès avant Marc-Aurèle, employée pour opérer la compensation. — 2. Classification des systèmes sur le mode de fonctionnement de cette exception.

1. — Avant d'étudier les nombreux systèmes sur le fonctionnement du procédé de compensation sanctionné par le rescrit de Marc-Aurèle, il convient de remarquer que les auteurs ne sont même pas d'accord pour faire dater de cet empereur l'emploi de ce procédé.

Lorsque l'école historique se développa au xvie siècle, on remarqua des textes de jurisconsultes antérieurs à Marc-Aurèle, admettant la compensation dans les actions de droit strict. Ces textes embarrassèrent beaucoup les commentateurs ; ils ne pouvaient deviner qu'ils se rappor-

(1) Pour ne pas interrompre l'ordre chronologique, nous laissons à cette place ce chapitre. Mais, comme les longues discussions auxquelles donnent lieu les multiples systèmes sur le rescrit feraient oublier les résultats auxquels nous sommes arrivés, et perdre de vue la suite du raisonnement, les lecteurs qui voudront avoir une idée nette de l'ensemble de la théorie exposée dans ce livre feront bien de sauter ce chapitre, pour arriver tout de suite aux réformes de Justinien, sauf à revenir ensuite aux controverses sur le rescrit.

taient aux actions *cum compensatione* et *cum deductione*, que le palimpseste de Vérone nous a seul révélées. On admit alors qu'avant Marc-Aurèle il y aurait eu controverse sur la question de savoir si, dans les actions de droit strict, la compensation s'opérait *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Marc-Aurèle se serait prononcé par un rescrit en faveur de cette dernière opinion, qui pourtant n'aurait pas prévalu en définitive; les jurisconsultes postérieurs ayant fini par s'accorder sur la compensation *ipso jure* (1)!

La vérité (méconnue par les glossateurs), qu'avant Marc-Aurèle la compensation existait déjà dans les actions de droit strict, fut mêlée avec l'erreur, consistant à croire que l'exception de dol avait été employée couramment, dès avant Marc-Aurèle pour réaliser la compensation. Cette erreur, qui se met en contradiction avec le texte des Institutes, a subsisté jusqu'à nos jours, dit Eisele, qui s'accuse de l'avoir partagée (2).

Nous avons admis, pour notre part, que l'argentarius actionné par son client pouvait lui opposer l'exception

(1) C'est ainsi, par exemple, que Noodt (*ad lib. 16 tit. 2, D.*, opp., Lugd. Batav., 1724, t. II) interprétait la L. 21, D. h. t. : *Postquam convenit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari* (Paul). Voyez aussi Donneau, *ad tit. Inst. de Actionibus*, §§ 21, *ad* § 30 n° 5 et *Comm. de jure civ.*, lib. XVI, c. xv, n° 38, cités par Ubbelohde, p. 198, note 8.

(2) Dans un article publié dans la *Zeitschrift f. Rechtsgeschichte*, X, p. 467. Voyez Eisele, *Compensation*, p. 58. Ont aussi soutenu que la compensation par l'exception de dol était connue avant Marc-Aurèle : Brinz, p. 83 ; v. Scheurl, p. 161 ; Asher, p. 12 ; Ortolan, n° 2179 ; Lair, p. 15 ; Demangeat, t. II, p. 708, 3° édition ; Maynz, t. II, § 375, note 6, 3° édition. Au contraire, les auteurs suivants n'admettent point la compensation par l'exception de dol avant Marc-Aurèle : Ubbelohde, p. 195 et s. ; Bethman-Hollweg, *Civ. Proc.*, III, p. 270 ; Desjardins p. 47 ; Namur, 2° édition, t. II, § 355, p. 123 ; Van Wetter, t. I, § 201, p. 708 et 709 ; Pillette, *Revue historique de droit français*, 1861, p. 13 et s. C'était déjà l'opinion de Cujas, *Obs.*, lib. VIII, cap. 16. Voyez aussi *Recitationes sol.* sur le titre *de comp.* au Code ; et sur les Institutes, IV, 6, n° 49. — Krug, p. 45, Keller, p. 520, Schwanert, p. 29, 35, laissent la question plus ou moins indécise.

pensatæ pecuniæ, ou peut-être de dol, en faisant sur ses livres la compensation des créances qu'il avait contre ce client ; tel était le cas prévu par Julien dans la L. 2, D. h. t. Voyez ci-dessus, chapitre III, § 11, p. 112 et 114 n° 2.

2. — Quelqu'opinion qu'on adopte sur ce point, dans tous les systèmes se pose la question de savoir comment fonctionnait l'exception de dol. Il y a là-dessus presque autant de doctrines que d'auteurs ; chacun combine à sa façon les éléments du problème, en sorte qu'il est difficile d'arriver à une classification parfaitement nette des systèmes imaginés.

Il me semble toutefois qu'on peut les diviser en trois groupes :

1er groupe. — L'exception de dol était insérée dans la formule et donnait au juge le pouvoir de compenser (1).

2e groupe. — D'après les auteurs de ce groupe, l'exception de dol insérée dans la formule faisait débouter totalement le demandeur.

Mais ils se divisent dès qu'ils entrent dans le détail :

Les uns admettent ce résultat purement et simplement, sans donner au demandeur le moyen de l'éviter, sinon en réduisant sa demande (2) ;

Les autres supposent que le juge rendait d'abord un *arbitrium* déterminant le montant de la créance reconventionnelle, que le défendeur devait alors consentir à déduire sous peine de débouté total (3).

D'autres enfin enseignent que le défendeur, en opposant

(1) Dernburg, p. 187 et s. ; Ubbelohde, p. 121 et s. ; Asher, p. 11 ; Accarias, §§ 909 et 911 ; Demangeat, II, p. 609, 3e édition ; Desjardins, p. 60 ; Lair, p. 19 et s. ; May, n° 201, 2e édition et n° 379, t. II, 1re édition ; Petit n° 524, note 13 ; Frédéric Duranton, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 787 et s. ; de Fresquet t. II, p. 337 ; v. Vangerow, § 618.

(2) Bethman-Holweg, *Civil. Proc.*, III, p. 270 ; Krug, p. 45.

(3) Keller, p. 520.

l'exception *in jure*, forçait le demandeur à prendre une formule *cum compensatione* ou *cum deductione*, permettant au juge de tenir compte de la compensation. S'il s'y refusait, l'exception de dol était insérée dans la formule et menait à un rejet total de la demande (1).

3me groupe. — Ici le système d'Eisele, ingénieux, mais compliqué, mérite une place à part et une réfutation spéciale. Nous l'exposerons en terminant ce chapitre.

Le premier système est le plus généralement enseigné. Il a été soutenu, notamment, avec beaucoup de science et de talent, en Allemagne par Dernburg, en France par Desjardins et Accarias. Il enseigne que l'exception de dol était insérée, et que l'effet de cette insertion était d'autoriser le juge à diminuer la condamnation.

Pour soutenir cette doctrine, on la présente comme l'application de deux prétendus principes :

En vertu du premier, l'insertion de l'exception de dol transformerait l'action de droit strict en action de bonne foi ;

En vertu du second, les exceptions partielles mèneraient, non à un débouté total du demandeur, mais à une absolution partielle du défendeur.

Nous consacrerons une section spéciale à chacun de ces prétendus principes.

(1) V. Scheurl, p. 162 et s.; Huschke sur Paul, II, 5, § 3; Ortolan, III, § 2180.

Section I. — Système d'après lequel l'exception était insérée dans la formule et donnait au juge le pouvoir d'opérer la compensation. — Premier argument : l'exception de dol transformerait l'action de droit strict en action de bonne foi. Réfutation.

3. D'après ce système, l'insertion de l'exception de dol transformerait l'action de droit strict en action de bonne foi. Mais, même si le principe était vrai, il n'en résulterait pas, pour le juge, le pouvoir de compenser *ex dispari causa*, D'ailleurs, on ne trouve dans les sources aucune application de cette règle imaginaire. — 4. Textes invoqués à l'appui de ce prétendu principe : L. 42, D. *De don. mort. causa*, 39,6. Réfutation. — 5. Scolie de Dorothée sur ce fragment, aux Basiliques. Réfutation. — 6. L. 3, C. *De exceptionibus*, 8,36. Réfutation.

3. — Et d'abord, l'insertion de l'exception de dol dans une action de droit strict, aurait, dit-on, pour effet de la transformer en action de bonne foi.

Or, dans l'action de bonne foi, le juge peut diminuer la condamnation à raison d'une créance reconventionnelle du défendeur. Il obtient donc aussi ce pouvoir dans une action de droit strict, lorsque l'exception de dol y est insérée.

M. Accarias présente cet argument d'une manière spéciale. A la vérité il ne dit pas que la condamnation partielle du défendeur, autrement dit le débouté partiel du demandeur, soit une conséquence du principe de la transformation d'une action de droit strict en action de bonne foi, par l'insertion de l'exception de dol. Le débouté partiel s'explique, dit-il, sans ce principe. Mais le principe en question confirme, selon lui, la doctrine du débouté partiel, parce que le débouté total résultant de la vérification de l'exception de dol serait inconciliable avec le principe en question, que cet auteur admet comme véritable (1).

(1) Accarias, *Précis*, 4e édition, p. 1099, note 1 et n° 901.

Avant de discuter ce prétendu principe, il convient de remarquer que, même en l'admettant, on ne voit pas comment il autoriserait le juge à tenir compte de la compensation dans une action de droit strict. Supposons en effet que l'action devienne de bonne foi, la compensation y sera admise, comme elle l'est dans les actions de bonne foi, ni plus ni moins, c'est-à-dire *ex eadem causa* seulement. Or, comme une action de droit strict naît d'un contrat unilatéral, il ne peut y exister de créance reconventionnelle née *ex eadem causa*. On n'arrive donc à aucun résultat utile.

Donc, ce prétendu principe, même s'il était vrai, ne prouverait nullement que l'insertion de l'exception de dol eût pour résultat d'autoriser le juge à diminuer la condamnation à raison d'une créance reconventionnelle du défendeur.

« Il ne faut pas, dit avec raison M. Ortolan (1), s'imaginer que, par cela seul qu'une exception de dol est insérée dans la formule d'une action de droit strict : « *Si nihil in* « *ea re dolo malo Auli Agerii factum sit, aut fiat* » le *judex* soit constitué juge, sans aucune autre mention, de toutes affaires de créances ou de dettes réciproques existant à d'autres titres entre les mêmes parties... Il faut, de toute nécessité, que ces prétentions reconventionnelles soient indiquées dans la *demonstratio*, et que le : *qua de re agitur*, qui termine cette *demonstratio*, les englobe. »

Donc, sans mention spéciale de la créance reconventionnelle dans la formule, on ne voit pas où le juge aurait puisé le pouvoir d'apprécier cette créance. La prétendue transformation de l'action de droit strict en action de bonne foi ne peut donc avoir aucune influence sur la question de compensation.

(1) Explication historique des Instituts, n° 2193.

D'ailleurs, M. Accarias lui-même, quoique partisan de ce prétendu principe, reconnaît que la formule en est beaucoup trop large, et que l'insertion d'une exception de dol ne change pas d'une manière absolue le caractère de l'action : notamment, dans une *actio certa*, elle n'écarte pas le péril de la *plus petitio*, et, dans une action *stricti juris*, elle n'entraîne pas application des règles que l'action de bonne foi comporte relativement aux fruits, aux intérêts et aux fautes.

« Quelle est donc, dit-il, la véritable portée de notre principe ?

« Je ne puis, ajoute-t-il, me flatter de la déterminer d'une façon complète. » Toutefois, il lui semble qu'il contient au moins les trois idées suivantes (1) :

1° L'action étant devenue de bonne foi, une *cautio* peut être exigée du défendeur à l'effet de garantir l'acquittement d'obligations éventuelles, ou non encore exigibles, qui se rattachent à la même cause que l'action (2). Cela

(1) M. Accarias dit quatre. Nous en négligeons une comme entièrement conjecturale et sans le moindre intérêt. D'après les Proculiens, la maxime : *omnia judicia sunt absolutoria*, ne s'appliquerait qu'aux actions de b. foi (et peut-être aux actions arbitraires, G. IV, § 114). Si le principe en question était vrai, les Proculiens auraient dû en conclure logiquement que la maxime s'appliquerait aux actions *stricti juris*, dans lesquelles l'exception de dol aurait été insérée, ce qui les transformerait en actions de bonne foi. Remarquez d'ailleurs que, selon M. Accarias (n° 771), l'opinion Proculienne, qui repoussait la maxime dans les actions de droit strict, était, malgré les apparences, la plus douce pour le défendeur, qui pouvait à son choix, ou exécuter la sentence et répéter les satisfactions fournies, ou s'en tenir aux satisfactions données, et repousser par une exception de dol l'action *judicati* que le demandeur dirigerait contre lui. D'où la conséquence que ce défendeur, en faisant insérer l'exception de dol dans une action de droit strict, aurait, à ce point de vue, empiré sa situation, ce qui n'est guère vraisemblable. Cela militerait donc plutôt contre le système qui transforme l'action de droit strict en action de bonne foi, par l'insertion d'une exception de dol.

(2) L. 41, D. *De Judiciis*, 5, 1. Papinien dit : Dans les actions de bonne foi, dès avant l'échéance de la dette, on peut, en vertu de causes légitimes, agir pour se faire donner une *cautio* (garantie).

résulterait d'un texte (1) de Papinien sur lequel on prétend baser le prétendu principe que nous discutons ; nous verrons que ce texte est complètement étranger à la question qui nous occupe. Pour l'instant, bornons-nous à faire remarquer que, dans ce système, le défendeur, en opposant l'exception de dol, empirerait sa position, puisqu'on pourrait alors lui demander une *cautio* qu'on n'aurait pu exiger de lui sans cela. Résultat invraisemblable !

2° M. Accarias rattache encore à ce principe, la règle que la réplique de dol est inutile contre l'exception de dol ; elle est sous-entendue dans l'exception de dol, comme cette dernière est sous-entendue dans l'action de bonne foi. L'exception de dol rendant l'action de bonne foi, la réplique de dol devient inutile. « Prenons un exemple, ajoute-t-il : devant le juge, le débiteur, qui a fait insérer l'exception de dol, allègue un pacte de remise d'où résulterait le caractère dolosif de la demande ; le demandeur répond qu'un pacte inverse est venu paralyser le premier (2). »

Mais l'auteur cité ajoute lui-même : « En tenant ce langage, le demandeur ne fait que nier la vérité de l'exception, il la contredit directement et voilà pourquoi il n'a pas besoin d'une *replicatio doli* (3) ». Ce n'est pas du tout, on le voit, parce que l'action serait devenue de bonne foi.

Tout cela se réduit donc à dire que pour que l'exception de dol réussisse, il faut qu'il y ait réellement dol ; vérité incontestable ! Mais quel rapport cela a-t-il avec l'effet prétendu de l'exception, qui serait de transformer l'action de droit strict en action de bonne foi ?

3° Enfin, on rattache à cette transformation prétendue,

(1) L. 42, D. *De mort. causa don.*, 39, 6; Accarias n° 907.

(2) On voit qu'il ne s'agit pas ici du principe : *Contra exceptionem doli non dari replicationem doli*, qui a une portée toute différente; voyez L. 154, D. *De reg. jur.*, 50, 17; L. 4, § 13, D. *De except. doli mali*, 44, 4.

(3) Accarias, n° 907.

la règle que l'exception de dol autorise le juge à tenir compte même du dol commis *post litem contestatam* (1).

Mais, cela résulte tout simplement de ce que l'exception est conçue dans les termes les plus généraux : « *Si nihil in ea re dolo malo A^i A^i factum sit, neque fiat* », et M. Accarias lui-même nous dit au n° 905 : « Du caractère général de cette exception, il résulte encore que l'on ne se préoccupe pas de l'époque où le dol a été commis. »

Ainsi, et en résumé, ceux-là même qui adoptent ce prétendu principe reconnaissent d'abord qu'il est faux dans bien des cas, et que l'exception de dol ne change pas d'une manière absolue la nature de l'action;

Puis, quand ils s'efforcent de trouver des applications du principe prétendu, leur recherche n'aboutit à aucun résultat sérieux.

Nous avons vu d'ailleurs que, même en admettant cette transformation prétendue, elle n'aurait nullement pour résultat de faire opérer la compensation de créances qui, ici, naîtraient nécessairement *ex dispari causa.*

4. — Reste à examiner les textes sur lesquels on a prétendu baser cet étrange principe.

Le premier est la L. 42, D. *De don. mortis causa*, 39, 6 : *Papinianus, lib. XIII Reponsorum :*

« Seia ayant fait tradition (2) de ses biens à titre de donation à Titius, l'un de ses cognats (3), se réserva l'usu-

(1) Accarias n° 907.

(2) On lit au Digeste : *Seia, cum bonis suis traditionibus factis... cessisset...* mais Papinien avait écrit : *mancipationibus*, ou *mancipationibus et traditionibus*. En effet, c'est la propriété quiritaire qu'elle avait transmise à Titius, puisque l'action, que les héritiers de ce dernier pouvaient intenter, était la revendication. Or, il serait bien invraisemblable que Seia n'eût eu dans son patrimoine, qu'elle a donné tout entier, ni un immeuble italique, ou jouissant du *jus italicum*, ni un esclave, ni une bête de somme, toutes choses dont on ne peut transférer la propriété quiritaire que par mancipation ou cession in jure.

(3) A un cognat, ce qui fait que la loi Cincia était inapplicable : les cognats sont exceptés des dispositions de cette loi.

fruit et il fut convenu que, si Titius prédécédait, la propriété reviendrait à la donatrice, mais que, si elle mourait avant les enfants de Titius, les biens leur reviendraient. Donc, si les héritiers de Titius revendiquent les biens, l'exception de dol leur sera opposée avec succès. Mais si une action de bonne foi est intentée (1), on se demande si la donatrice doit s'engager à restituer à sa mort les biens aux héritiers de Titius? La raison de douter vient de ce qu'il ne faut pas lui extorquer une donation qui, en ce qui touche les enfants de Titius, n'a pas encore pris naissance. Faut-il, au contraire, dire qu'en vertu de la clause mentionnée ci-dessus cette promesse constitue moins une donation nouvelle que l'accomplissement intégral de la première donation qui, elle, est devenue parfaite par la translation de propriété? En d'autres termes, s'agit-il ici d'une donation entre vifs, accompagnée de certaines clauses spéciales, ou bien d'une donation faite en vue de la mort, d'une véritable donation *mortis causa?* Or, on ne peut nier que l'acte ne constitue une donation à cause de mort. De là, résulte que la première donation est résolue par la survie de Seia, et que, par conséquent, exiger d'elle la promesse en question, ce serait lui extorquer une nouvelle donation.

« Du reste, si la femme vient à mourir ensuite, ayant de son plein gré pris envers les enfants de Titius l'engagement en question, ces enfants subiront la réduction de la loi Falcidie en ce qui touche la donation qui leur est faite personnellement. »

« *Bonæ fidei autem judicio constituto* », voilà les mots qu'on a invoqués (Cujas, *Obs.* III, 17. — Pothier, *Pand. Justin.*, 44, 4, XXX, note *b*) pour soutenir que l'insertion de l'exception de dol rendait de bonne foi une action de droit strict. Mais il s'agit ici de revendication. La revendi-

(1) Le texte dit : *bonæ fidei autem judicio constituto, quærebatur...*

cation deviendrait ainsi une action de bonne foi ! Cela renverse toutes les idées reçues sur la division des actions, car une action de bonne foi est nécessairement personnelle. Je sais bien que Justinien a rangé la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi, mais elle peut, à certains égards, être considérée comme une action personnelle, puisqu'un texte (1) l'appelle *mixta personalis actio :* en effet, elle renferme des prestations personnelles, par exemple le prix des biens aliénés, les créances touchées, etc. Mais cela ne se comprendrait pas du tout pour la revendication.

Puis, comment le fait par Seia d'opposer l'exception de dol pourrait-il autoriser le juge à lui imposer des prestations ? De deux choses l'une, pourra-t-elle dire : ou je suis obligée civilement de vous faire cette promesse, ou je ne le suis pas. Si je le suis, intentez contre moi l'action qui sanctionne cette obligation. Si je ne le suis pas, comment le juge serait-il autorisé à m'y contraindre ?

« *Bonæ fidei autem judicio constituto* » n'a donc pas le sens qu'on lui prête. Voici leur véritable signification :

Les héritiers de Titius, ayant intenté la revendication, ont été repoussés par l'exception de dol, ou se sont inclinés devant cette exception. Mais la donatrice, à son tour, intente contre eux une action pour se faire retransférer la propriété, conformément à la convention, puisqu'il a été entendu que, si Titius mourait avant elle, « *proprietas ad eam rediret* ». Quelle est au juste cette action, que le texte appelle *bonæ fidei judicium ?*

Il est facile de lui restituer son véritable nom, que les compilateurs ont supprimé. Seia a fait des mancipations accompagnées d'un pacte, par lequel l'acquéreur s'engage à rendre dans tel ou tel cas. Mais c'est un contrat de *fiducie*, cela ! Or, les compilateurs suppriment toujours toute

(1) L. 7, C. *De petitione hereditatis*, 3, 31.

mention de ce contrat, tombé en désuétude comme la mancipation elle-même. Dès lors, Papinien avait écrit : *fiduciæ autem judicio constituto...* ; les compilateurs ont mis *bonæ fidei* à la place de *fiduciæ* (1). Ces mots se présentaient naturellement à leur esprit, d'abord à cause de la similitude matérielle *(fidei, fiduciæ)*, ensuite parce que l'*actio fiduciæ* était un *judicium bonæ fidei* au superlatif, où le juge devait examiner si l'on s'était conduit : « *ut inter bonos bene agier opportet* » : honnêtement, comme on fait entre honnêtes gens. Ainsi le contrat de fiducie s'est formé entre les parties, et Seia intente contre les héritiers de Titius l'action *fiduciæ directa*, pour les contraindre à exécuter le retransfert de propriété convenu dans le cas où Titius prédécéderait (2). Pour l'obtenir, doit-elle promettre de leur rendre cette propriété lorsqu'elle mourra? Voilà la question.

(1) Pernice, *Labeo*, t. III, p. 264 note 1, considère l'interpolation comme certaine. « Il faut, dit-il, comme le fait Keller, *Zsch. f. g. R.* W., XII, p. 400 et s., s'en tenir fermement à l'idée d'une interpolation ayant pour but d'effacer les traces de la fiducie. L'expression : *cum bonis suis, traditionibus factis, donationis causa Titio cessisset*, est embarrassée en la forme, et fausse au fond, car la réserve d'un usufruit *(usumfructum sibi recepit)* n'est possible que dans la mancipation, non dans la tradition (Vat. § 47a)..... L'action par laquelle la donatrice réclame le retransfert de la propriété est appelée un *judicium bonæ fidei*. Cette expression ne saurait convenir à une *condictio*, c'est pourquoi on a pensé à l'action *præscriptis verbis*. Mais alors, pourquoi ne pas employer l'expression fort claire d'*actio civilis in factum*, dont Papinien lui-même se sert ailleurs (L. 1, § 1, D. *De pr. verb.*, 19, 5). Mais, reste à savoir si l'action præscriptis verbis a jamais été donnée pour obtenir un retransfert de propriété et si cette action était nécessairement de bonne foi (voyez Pernice, *op. cit.*, p. 207 et s.). Toutes ces difficultés s'évanouissent, et tout s'accorde, si l'on fait intervenir ici l'action *fiduciæ*. »

(2) M. Accarias, 4e édition, p. 1098, n° 907, fait une objection : « Une telle interprétation, dit-il, suppose, et cela la rend peu plausible, que Seia n'est plus en possession. » — Nullement. Bien que restée en possession comme usufruitière, Seia a intérêt à ce qu'on lui retransfère la propriété, conformément à la convention. — M. Pilette, *loco cit.*, p. 137 suppose que ce sont les héritiers de Titius qui intentent l'action *fiduciæ contraria* pour contraindre Seia à leur faire la promesse en question. Cela est peu vraisemblable.

5. — Ce texte doit donc être écarté du débat. Si on l'y a mêlé, c'est que la fausse interprétation est ancienne : elle remonte à l'un des rédacteurs des Institutes, le professeur de Berythe, Dorothée (1). En effet, dans une scolie de lui sur la L. 42, scolie conservée par les Basiliques (Bas. 47, 3. 42, scolie 1) il dit : (traduction latine) *Utpote existente bonæ fidei judicio, quia ubique opposita doli exceptio bonæ fidei judicium facit.* — « L'action étant en effet de bonne foi, puisque partout l'exception de dol opposée rend le *judicium* de bonne foi. »

Mais cette note de Dorothée a été elle-même annotée par un autre byzantin, l'*Anonyme*, qui relève cette assertion surprenante (2). « Dorothée dit : *parce que partout l'exception de dol rend l'action de bonne foi.* Quant à moi, j'ignore où ce principe peut avoir été posé. Je sais seulement que l'exception de dol est renfermée dans toutes les exceptions *in factum* et dans les actions de bonne foi. » Il cite à ce propos L. 21, D. *Soluto mat.*, 24, 3, et L. 2, § 6, D. *De doli mali except.*, 44, 4.

L'*Anonyme* a raison, et Dorothée se fourvoie ici, comme lui et son collègue Théophile l'ont fait tant de fois aux Institutes, et sans doute ailleurs. Penser que les juristes contemporains de la compilation, collaborateurs de Tribonien, étaient plus capables ou mieux renseignés que leurs successeurs, c'est prendre le contre-pied de la vérité. Ces derniers ont eu à leur disposition une mine inépuisable de connaissances qui a manqué aux premiers, le Digeste, que Théophile, Dorothée et les autres ont compilé,

(1) Les Basiliques traduisent : *bonæ fidei autem judicio constituto*, par les mots : κἂν καλῇ πίστει ἐστὶ τὸ δικαστήριον, c'est-à-dire : *et, si bonæ fidei judicium sit*. Dorothée commente le texte en ces termes : ἐκ προτελευτῆς αὐτοῦ ὑποστρέφειν εἰς αὐτὴν τά πρἀγματα, ὡς βόνα φίδε ὄντος του δικαστηρίου, ἐπειδὴ πανταχοὺ ἀντιτιθεμένη ἡ τοῦ δόλου παραγραφὴ βόνα φίδε ποιεῖ τὸ δικαστήριον.

(2) Bas., *eod.* scolie 2.

mais n'ont pas *connu*, faute d'avoir eu le temps de l'étudier comme il l'a été après eux. C'est pourquoi on voit ici un exemple de leurs erreurs relevées par leurs successeurs.

On comprend maintenant pourquoi il était essentiel, avant d'aborder l'étude de notre matière, de se fixer sur la valeur intellectuelle et scientifique de ces hommes.

Au surplus, Dorothée lui-même n'y a peut-être pas entendu malice; il a voulu dire tout simplement que l'insertion de l'exception de dol fait ressembler l'action de droit strict à celle de bonne foi, en ce que la prétention du demandeur ne triomphe alors que si elle n'est pas contraire à l'équité, comme dans les actions de bonne foi.

6. — Reste un dernier texte qui a contribué à former ce prétendu principe. C'est la L. 3, C. *De exceptionibus*, 8,36.

Imperator Antoninus A. Vitali (Caracalla, entre 213 et 217) :

« Tiens-t'en à l'action de tutelle, si tu n'as pas encore intenté cette action contre ton frère, jadis ton tuteur légitime. Tu n'as pas à redouter l'exception de pacte, si tu peux prouver que ce pacte est entaché de dol et de fraude, car la réplique de dol opposée rend l'action de bonne foi, et déjoue les artifices de la fraude. »

Ainsi : « *replicatio doli facit judicium bonæ fidei.* » Ce n'est plus seulement l'exception, c'est la réplique de dol qui, elle aussi, transformerait une action quelconque en action de bonne foi ! Cela est bien singulier. Ce qui est plus étrange encore, c'est le cas à propos duquel on pose cette singulière maxime. Il s'agit de l'action de tutelle, laquelle a toujours été de bonne foi ! Cicer., *Top.*, 17; *De nat. deorum*, III, 30; *De off.*, III, 15 et 17; G., IV, § 62; Inst., IV, 6, § 28. Comment la réplique de dol peut-elle rendre de bonne foi une action qui l'est déjà ?

L'explication de ce texte par Cujas est indigne de lui.

L'action de tutelle, dit Cujas, est à la vérité de bonne

foi, en sorte que les exceptions et répliques de dol y sont contenues de plein droit, même quand on ne les oppose pas, mais quand on les oppose, cela fait de l'action un *judicium bonæ fidei* au superlatif! *(Verum, quum opponuntur, oppositas maxime constituere judicium bonæ fidei.)*

Wissenbach, cité par Pothier, *loc. cit.*, considère cette métamorphose d'action de droit strict en action de bonne foi, comme la conception d'une imagination en délire. Ce texte s'explique fort naturellement, dit-il. La réplique de dol opposée *rend*, autrement dit, *restitue, ressuscite* l'action de bonne foi, c'est-à-dire l'action de tutelle, qui était éteinte par l'exception de pacte ou de transaction.

Cette explication nous paraît, en substance, exacte. On peut dire, dans le même ordre d'idées que, par suite de l'exception de pacte, l'action de tutelle était devenue de droit strict en un certain sens : car, quelque bien fondé en équité que pût être l'ancien pupille, le juge n'aurait pu tenir aucun compte de sa réclamation, et n'aurait eu qu'à examiner si une transaction était oui ou non intervenue. Mais la réplique de dol étant opposée avec preuve à l'appui, la transaction s'efface, et le juge reprend toute sa liberté d'appréciation : l'action de tutelle redevient de bonne foi.

On voit quel abus l'on peut faire d'une phrase, que l'on détache de son contexte pour en faire une règle générale, ce qui en altère complètement le sens (1).

Concluons donc que l'exception de dol ne transforme en aucune façon en action de bonne foi, l'action de droit strict dans laquelle elle serait insérée.

(1) Ajoutez à cela que la phrase finale : *nam replicatio doli opposita bonæ fidei judicium facit et commentum fraudis repellit*, pourrait bien être un glossème, ou une interpolation glossématique, comme il y en a tant. Voyez Eisele, Z. S. S., t. XI, 1886 p. 1 et s. Elle est complètement inutile, et il est choquant de dire à propos d'une action de bonne foi, que l'exception de dol la fait devenir, ou redevenir, de bonne foi!

Section II. — Suite du système de la compensation opérée par le juge en vertu de l'exception de dol insérée dans la formule. — Deuxième argument invoqué : les exceptions partielles mèneraient à une absolution partielle. Réfutation.

7. Malgré les apparences, la solution, dans un sens quelconque, de la question de l'effet des exceptions partielles, ne saurait contrarier le système que nous avons adopté sur le fonctionnement de l'exception de dol. Remarque préliminaire. — **8.** Raisons pour l'absolution totale. — **9.** Raisons en faveur de l'absolution partielle. — **10.** Comme le système du débouté partiel régnait incontestablement sous Justinien, les partisans du système du débouté total à l'époque classique se trouvent, quant à la preuve, dans une situation très défavorable, car ils ne peuvent trouver d'appui que dans les textes qui auraient échappé à l'attention des compilateurs. — **11.** Textes en faveur du débouté total : L. 34, § 1, D. *De auro, argento*, 34, 2. — L. 27, § 5, D. *De pactis*, 2, 14. — L. 2, § 7, D. *De doli mali except.*, 44, 4. — **12.** Textes relatifs à l'exception de dol employée pour se faire rembourser des impenses : L. 8, D. *De tritico*, 33, 6. — L. 16, C. *De reiv.*, 3, 32; L. 4, § 9, D. *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 38, D. *De reiv.* 6, 1; L. 27, § 5, L. L. 28, 29 et 30 D. *eod.* Remarque sur la L. 15, D. *De doli mali except.*, 44, 4. — **13.** Textes invoqués à l'appui du débouté partiel; texte posant le principe : L. 22, D. *De exceptionibus*, 44, 1. Explication. — **14.** Textes qui seraient des applications du débouté partiel : L. 17, § 2, D. *Ad Snc. Vellejanum*, 16, 1. Indices de l'interpolation, discussion. — **15.** L. 45, D. *De fideicommissariis libertatibus*, 40, 5. Discussion de l'interpolation.

7. — Si l'exception de dol ne transforme pas l'action de droit strict en action de bonne foi, n'autorise-t-elle pas du moins le juge à diminuer la condamnation ? On pourrait dire : le dol n'entache ici qu'une portion de la demande, par conséquent il ne serait pas juste que l'exception entraînât un débouté total.

Si l'on suppose qu'après avoir prêté 1.000 sesterces à quelqu'un, je conclue avec lui un pacte *de non petendo* par lequel je lui fasse remise d'un quart de sa dette, et qu'ensuite je vienne en réclamer la totalité, il ne serait pas juste que l'exception de pacte, créée dans un but

équitable, aboutît à une iniquité en me faisant perdre les 750 sesterces qui me restent dus légitimement. Le débouté ne doit être total que lorsque l'exception porte sur la totalité de la demande; en cas d'*exception partielle* (1), le débouté, lui aussi, doit être seulement partiel.

Cette question de l'effet des exceptions partielles sous le système formulaire, est vivement controversée.

En effet, dans un autre système, on soutient qu'elles entraînaient toujours le rejet total de la demande.

On pourrait croire au premier abord que cette controverse a une importance capitale dans la question de savoir comment fonctionnait l'exception de dol du rescrit de Marc-Aurèle.

On serait tenté de dire en effet : si les exceptions partielles mènent à un débouté total, l'exception de dol, opposée dans un but de compensation, doit naturellement suivre la même règle;

A l'inverse, si les exceptions partielles mènent à un débouté partiel, celui qui, actionné pour une dette de 100, oppose en compensation, par l'exception de dol, une créance de 40, doit être non pas absous, mais condamné à payer 60.

Toutefois, un examen attentif du sujet montre que la controverse sur l'effet des exceptions partielles n'a pas pour nous l'importance qu'on pourrait croire. Nous recherchons de quelle manière fonctionnait l'exception de dol pour amener la compensation ; eh bien! les termes dans lesquels se pose la question, en pratique, enlèvent en cette matière tout intérêt à la controverse dont il s'agit.

Les auteurs qui ont traité ce sujet n'ont pas assez nettement précisé l'hypothèse sur laquelle ils raisonnaient.

(1) Nous emploierons désormais cette expression pour désigner les exceptions qui militent seulement contre une partie de la demande.

Lorsqu'ils parlent d'une action de droit strict, on ne sait pas s'ils supposent un demandeur réclamant une somme déterminée ou une somme indéterminée ; si sa créance est ou non contestée par le défendeur ; si, d'un autre côté, la créance reconventionnelle est ou non déterminée ; enfin si elle est ou non contestée par le demandeur. Pourtant, tout cela importe beaucoup ! Nous avons déjà signalé ce point, mais on ne saurait trop y insister.

Si la créance que je réclame n'est pas déterminée quant à son chiffre, il faut bien que je la fasse fixer par justice ; mon action n'est donc aucunement dolosive !

S'il s'agit d'une créance déterminée et que mon adversaire en conteste l'existence, il faut bien que je la fasse constater par justice ; il ne peut encore être ici question de dol.

Il faut donc que la créance du demandeur soit déterminée et reconnue, pour qu'il puisse être question de lui opposer l'exception de dol.

Passons à la créance du défendeur.

Si elle est indéterminée, on ne saurait me reprocher comme un dol de ne pas l'acquitter ; alors ce n'est pas pour le défendeur le cas d'opposer l'exception de dol, mais celui d'intenter une *mutua petitio* à l'effet de faire liquider au préalable sa prétention !

De même, si sa créance est contestée. J'ai le droit de la contester ; je puis être de très bonne foi, et nul ne saurait m'arguer de dol de ce chef, à moins que cette créance ne soit vraiment incontestable, c'est-à-dire à moins qu'elle n'ait pour elle l'autorité de la chose jugée.

En face d'une créance ainsi établie, ou d'une créance non contestée par moi, je dois être contraint par le magistrat de l'admettre en compensation de ma créance, en d'autres termes de la recevoir en paiement partiel. Il y a analogie absolue, et pour ainsi dire identité entre ce cas

et celui de la L. 21, D. *De rebus creditis*, 12, 1, expliqué plus haut (1). Quand ma créance est en partie reconnue par l'adversaire, le magistrat peut me contraindre à recevoir un paiement partiel et ne me délivrer de formule que pour le surplus. De même ici, si l'adversaire, qui m'oppose une créance incontestable, reconnaît me devoir une somme au moins égale, je dois accepter la compensation proposée et ne le poursuivre que pour la différence ; le magistrat ne me délivrera de formule que dans cette limite.

Que si j'insiste pourtant, et que je conteste la créance de l'adversaire, bien qu'elle soit, d'après lui, incontestable, la division de mon action en deux formules s'impose, comme nous l'avons vu. Pour une somme égale à la créance reconventionnelle, on me donnera une formule accompagnée de l'exception de dol, et si le défendeur prouve en effet avoir une créance que je ne pouvais contester sans dol (le cas de chose jugée est probablement le seul), je serai débouté de cette partie de ma prétention. Quant à l'autre partie de ma créance, aucune exception de dol ne lui sera opposée.

Donc, en matière de compensation, la question de savoir si l'exception de dol, lorsqu'elle est partielle — c'est-à-dire qu'elle porte seulement sur une partie de la demande — peut cependant amener un débouté total, cette question-là ne peut *jamais* se poser.

Qu'on résolve cette question par oui ou par non, cela ne peut en rien modifier nos conclusions, et nous pourrions la laisser de côté. Mais, comme tous les auteurs l'ont traitée à propos de notre matière, on ne nous saura pas mauvais gré de résumer ici, en y ajoutant nos propres réflexions, les discussions qui se sont élevées sur ce point.

(1) Voyez chap. v, § 8, p. 285.

Nous pourrons le faire avec impartialité, puisque, quelle que soit la solution, elle ne saurait avoir d'influence sur la doctrine que nous avons adoptée.

Eisele soutient contre Dernburg le débouté total ; c'est là une des parties les plus remarquables de son livre.

Gandolfo, dont les arguments ont été reproduits dans une thèse de doctorat récente (1) développe, avec beaucoup d'habileté et de science, les arguments de la thèse du débouté partiel, du moins pour le temps après Julien, car, pour l'époque antérieure, il reconnaît que l'exception, même partielle, devait aboutir à un débouté total (2).

(1) Gandolfo, *La efficacia delle eccezioni paziarie, nella procedura civile romana classica*, *Archivio giuridico*, 1887, p. 79-187. Voyez aussi Garnot, thèse de Doctorat, Lyon 1894 : *Des exceptions partielles en droit romain classique.*

(2) En Allemagne, la majorité des auteurs soutient la thèse du débouté total par suite d'une exception partielle : Bethmann-Holweg, *Rheinisches Museum*, vol. 1, p. 276 et s. ; Krug, *Die Lehre von der Compensation*, p. 49 et s. ; Brinz, *Compensation*, p. 76 et s. ; Rudorff, *Rechtsgeschichte*, II, p. 111 ; Scheurl, *Beiträge*, I, p. 163 et suiv., enfin Eisele, *Die Compensation nach rœmischen und gemeinem Recht*, § 7, p. 61 et s.

Pour le débouté partiel : Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation*, p. 199 et s. ; Ubbelohde, *Ueber den Satz :* Ipso jure compensatur, § 12, p. 118-139 ; Stampe : *Das Compensationverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium*, p. 62, semble aussi admettre ce système. On peut encore compter parmi ses partisans, mais avec plus ou moins de restrictions : Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, t. II, p. 126 et s., qui adhère en somme à la théorie de Dernburg, tout en reconnaissant que cet effet diminutif est un effet irrégulier, qui n'a lieu que pour l'exception de dol, non pour les autres exceptions, et encore dans une sphère assez limitée.

Vangerow, *Pandekten*, § 618, admet que le rejet total est la règle, et que ce résultat est seul mentionné dans le plus grand nombre des textes. Mais il admet aussi que ce résultat n'est pas le seul possible ; c'est ce qu'indiquent, selon lui, la définition générale donnée par Paul, L. 22, D. 44, 1, et les exemples nombreux d'exceptions partielles mentionnés, selon lui, par les sources.

Bekker, *Actionen*, II, p. 24, note 37, tout en adhérant à la doctrine de Dernburg, considère comme restant à résoudre les deux questions suivantes : 1° Comment s'est développé historiquement le principe que les exceptions amènent une diminution de la condamnation ;

Voyons maintenant les arguments pour et contre.

8. — En faveur du débouté total on invoque deux motifs principaux :

1er *argument.* — On tire d'abord argument de la rédaction de la formule. On sait que l'exception est posée dans la formule sous forme négative, de manière à rendre la condamnation conditionnelle à la non vérification, au mal fondé, de cette exception (1).

Que l'on place d'ailleurs l'exception après l'*intentio*, ou après la *condemnatio*, comme le veut Dernburg, cela ne change rien à la question ; la condamnation est toujours rendue conditionnelle. Gaius met ce point particu-

2° quand elles doivent aboutir à ce résultat, se sert-on de la formule usuelle, ou d'une formule spéciale, adaptée à ce but? Remarquons en passant que, dans ce dernier cas, il n'y aurait plus de difficulté.

En France, Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. II, n° 2180 et s., et Pilette, *Revue historique*, 1861, sont partisans du rejet total. L'argumentation d'Ortolan, pleine de sens pratique, présente d'excellentes raisons sous une forme si heureuse, si saisissante, que tout paraît languissant à côté.

Les autres se prononcent en général pour le débouté partiel. May, *Eléments de droit romain*, 2e édition n° 209, première édition n° 579; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, n° 524, note 3; Accarias, *Précis*, 4e édition, n° 901. Cet auteur admet pourtant la nécessité d'une modification spéciale de la formule, pour produire l'effet diminutif. Voyez plus loin p. 340, 341.

(1) Gaius, IV, § 119 : Toutes les exceptions expriment la prétention du défendeur sous une forme négative. Si, par exemple, le défendeur allègue que le demandeur commet quelque dol, par exemple en réclamant de l'argent qu'il n'a pas versé, l'exception est conçue en ces termes : « S'il n'y a eu, et s'il n'y a dans cette affaire, aucun dol de la part du demandeur ».

De même, si le défendeur allègue que l'action est intentée au mépris d'un pacte, l'exception doit être rédigée en ces termes : « S'il n'a pas été convenu entre le demandeur et le défendeur que cet argent ne serait pas réclamé ». Dans les autres cas, on emploie une rédaction analogue (c'est-à-dire sous forme négative). Cette forme négative s'explique par la raison suivante : toute exception émane, il est vrai, du défendeur, mais son but est de rendre la condamnation conditionnelle, c'est-à-dire de faire en sorte que le juge ne condamne le défendeur que s'il n'y a eu dans l'affaire aucun dol du demandeur, ou s'il n'y a eu aucune convention touchant la non-réclamation de l'argent.

lièrement en relief dans le passage traduit à la note précédente.

Ulpien n'est pas moins précis :

« L'exception, dit-il, est ainsi appelée parce qu'elle constitue un moyen de rejet, qu'on oppose à une action quelconque, pour exclure ce qui a été mis dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio* (1).

Non content de proclamer ainsi le caractère exclusoire de l'exception, Ulpien y insiste encore quelques lignes plus bas (2) :

« Il faut tenir pour certain que toute exception est exclusoire ; l'exception exclut le demandeur, la réplique exclut le défendeur. »

Exclure, c'est repousser totalement. D'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement, puisque l'exception est une condition? Une condition est accomplie, ou elle ne l'est pas, il n'y a point de milieu !

Si, par exemple, on admet qu'il y a dol de la part d'un demandeur à ne pas tenir compte de la créance adverse, il en résultera qu'aucune condamnation ne pourra être prononcée, car Gaius nous dit qu'on ne doit condamner que s'il n'y a *aucun* dol : « *nihil in ea re dolo actoris factum sit* ».

Pour échapper à ce raisonnement, Dernburg (3) soutient qu'au cas où l'exception était reconnue fondée, la demande

(1) L. 2, pr., D. *De except.*, 44,1 : *Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi actioni cujusque rei solet, ad cludendum id quod in intentionem, condemnationemve deductum est.* — En parlant de la revendication, nous reviendrons sur les exceptions qui portent sur l'*intentio* et celles qui portent sur la *condemnatio*. Bornons-nous à dire ici que l'exception de dol, invoquée à raison des impenses faites par le possesseur, porte sur la *condemnatio*, et non pas sur l'*intentio*.

(2) L. 2, § 2, D. *De except.*, 44,1 : *Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse : exceptio actorem excludit, replicatio reum.*

(3) P. 233, note 2.

l'étant aussi, la formule ne prescrivait rien au juge. Ainsi, d'après Dernburg :

Si l'*intentio* n'est pas fondée, le juge doit absoudre ;

Si l'*intentio* est fondée, et que l'exception ne soit pas justifiée, le juge doit condamner ;

Mais si l'*intentio* et l'*exception* sont toutes les deux reconnues justes, la formule ne prescrirait rien au juge ! Selon Dernburg, depuis Marc-Aurèle (1) on aurait alors admis que le juge pouvait fixer lui-même, selon l'équité, ce que, tout compte fait, le défendeur devait payer au demandeur.

Mais cela, c'est condamner ! Or, la condamnation, quelle qu'elle soit, est, de par la formule même, subordonnée à deux conditions, il faut :

1° Que l'*intentio* soit justifiée ;

2° Et que l'exception ne le soit pas.

Quand un acte est subordonné à plusieurs conditions, il faut qu'elles soient toutes accomplies ; si l'une d'elles fait défaut, l'acte est nul. Le juge ici ne doit condamner que si les deux conditions sont justifiées ; or la seconde, le mal fondé de l'exception, ne se réalise pas, étant admis qu'il y a dol à réclamer la totalité de sa créance, sans tenir compte de celle de son adversaire.

M. Accarias (4e éd., n° 901, p. 1087, t. II) a fort bien compris que le débouté partiel est inconciliable avec la rédaction de la formule. Aussi dit-il : « Tout ce que l'on peut admettre raisonnablement, selon moi, c'est que là où il y a lieu de limiter ainsi les effets de l'exception, cette limitation doit être autorisée par une modification apportée à la rédaction ordinaire de la formule. »

(1) Car, selon Dernburg, avant Marc-Aurèle l'exception de dol aboutissait au rejet total de la demande, si elle était insérée. Mais elle n'était insérée que si le demandeur, à qui l'on opposait une créance reconventionnelle, se refusait à agir *cum compensatione* ou *cum deductione*. Voilà la doctrine de Dernburg pour l'époque *antérieure* à Marc-Aurèle.

En quoi consistait cette modification, dit-il en note? Portait-elle sur l'exception, sur la *condemnatio*, ou sur l'une et l'autre ? A cet égard, ajoute-t-il, on ne peut rien dire de certain et d'absolu. Cependant, il conjecture que la formule a pu être la suivante : « *Nm Nm condemna, quatenus in ea re dolus malus Ai Ai non erit* », « Condamne, dans la mesure où il n'y aura pas dol de la part d'Aulus Aggerius. »

Mais les textes ne renferment pas la moindre trace d'une rédaction de ce genre, en ce qui touche l'exception de dol. Enfin, puisqu'on arrive à modifier la formule, on voit que c'est cette modification, et non plus seulement l'insertion de l'exception de dol, qui autoriserait le juge à opérer la compensation et à diminuer la condamnation.

Naber (1) reconnaît aussi que permettre au juge de diminuer la condamnation, serait contraire à la nature de l'exception de dol. « Il fallait, dit-il, concéder cela spontanément à Eisele, car cette observation, d'ailleurs fort juste, se retourne contre lui. C'est précisément cela qui fait comprendre pourquoi, dans les actions de droit strict, on invoque le rescrit de Marc-Aurèle ayant pour but d'y introduire la compensation. En effet, malgré l'opposition de l'exception, les termes de la formule ne permettent pas au juge de diminuer la condamnation; c'est précisément pourquoi : *ex rescripto divi Marci... compensatio induc*(i)*tur* (§ 30, Inst. IV, 6), alors que, des termes de la formule, on ne peut logiquement déduire que l'absolution du défendeur. »

Nous avons déjà manifesté (2) la profonde surprise que nous inspire cette façon de raisonner.

Conçoit-on, à l'époque de Marc-Aurèle, en pleine vigueur du système formulaire, un simple *rescrit* venant ordonner

(1) *Op. cit.*, XXI, p. 39,13.
(2) *Supra*, chapitre v, p. 276, note 2.

à tous les juges de faire autre chose que ce que leur commande la formule, et de diminuer la condamnation quand elle leur prescrit d'absoudre !

Cependant, tous les partisans du rejet partiel ne sont point touchés par l'argument tiré du caractère conditionnel de la formule (1).

« C'est, disent-ils, un malentendu.

« Il est certain, ajoutent-ils, que l'exception est une condition de la condamnation. Par exemple, lorsque le débiteur, poursuivi par une action de droit strict en paiement d'une somme de 100, invoque un pacte de remise portant sur 40, le Préteur dit au juge : Condamne le défendeur à 100, si le demandeur ne lui a pas fait remise de 40.

« Mais est-ce à dire pour cela que le juge doive absoudre pour le tout, s'il reconnaît l'existence de ce pacte de remise pour 40 ?

« Nous répondrons que non, et cela pour un double motif.

« Tout d'abord il faut remarquer que la condition porte sur le chiffre cent. Le Préteur a ordonné de ne pas condamner à 100 s'il existe un pacte de remise ; or, quand le juge condamne à 60, il ne condamne pas à 100 et il absout le défendeur pour 40. Il satisfait donc à la partie positive de la formule : *Si paret... centum condemna... nisi...*, il ne condamne pas à 100.

« D'autre part, il n'a pas à s'inquiéter de la partie négative de la formule : *si non paret absolve*. Le Préteur lui a dit d'absoudre le défendeur, s'il n'est pas démontré que, *jure civili*, il doive 100. Or, *jure civili*, le défendeur doit 100 ; il ne doit donc pas être absous d'après le droit strict.

(1) Voyez, par exemple, Garnot, p. 39 et s., résumant les développements de Gandolfo.

C'est l'exception seule qui lui permet d'être absous, et comme c'est là une institution prétorienne et équitable, elle n'agit que dans les limites de l'équité. »

Mais l'auteur cité oublie ici que le juge, pour répondre à la question qui lui est posée, se place toujours et exclusivement au point de vue des principes du *jus civile;* par conséquent, le but équitable de l'exception est un argument qui ne porte pas. Il porterait, si c'était le Préteur qui lui-même jugeait; mais il n'en est pas ainsi. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que : *si non paret* signifie : « s'il n'est pas démontré que, *jure civili,* le défendeur doivent cent ». « *Si non paret* » s'applique naturellement à *tout* ce qui précède, il signifie plus vraisemblablement: « s'il n'est pas dû 100, *ou si l'on se trouve dans le cas excepté.* »

Au fond, cela revient à dire, comme le faisait Dernburg, que, pour le cas où l'*intentio* et l'*exceptio* partielle seraient toutes les deux justifiées, la formule ne prescrivait rien.

Mais Gandolfo, quoique partisan du rejet partiel, avoue que cette idée est décidément erronée (1). « Depuis le mot *si paret,* dit-il, la formule énonce expressément les conditions auxquelles est subordonnée la mission de condamner, et cela dans l'ordre suivant: *intentio* rédigée en forme affirmative, puis exception rédigée en forme négative. Les mots *si non paret,* à l'inverse, embrassent tous les cas où la totalité des conditions rassemblées après les mots *si paret* n'est pas réunie. Par conséquent, on ne saurait dire avec exactitude que la formule ne prescrit rien pour le cas où l'intentio et l'exception seraient reconnues fondées, car ce cas rentre évidemment, selon la logique rigoureuse, dans le *si non paret.*

« Les observations d'Eisele, ajoute Gandolfo, sont incon-

(1) Gandolfo, *op. cit.*, p. 105, note 49.

testables. Dernburg lui-même ne paraît pas avoir insisté sur cette idée dans sa seconde édition, nº 233, note 2. »

2e *argument*. — M. Garnot (p. 40-41), résumant toujours les idées de Gandolfo, énonce comme il suit son second motif :

« D'ailleurs, et c'est là notre seconde réponse, quand bien même les Romains auraient admis tout d'abord l'interprétation rigoureuse que soutient Eisele (1), et auraient regardé l'exception comme une condition de toute condamnation, ce n'aurait été que dans les commencements de l'époque classique. Dès l'époque de Marc-Aurèle, ils auraient abandonné ce formalisme, pour adopter une interprétation plus large, plus équitable, de la formule, laissant au juge un plus grand pouvoir d'appréciation, et lui donnant les coudées plus franches.

« C'est à ce moment en effet qu'ils admirent la règle : *omnia judicia sunt absolutoria*. »

On sait qu'en vertu de cette règle, préconisée par les Sabiniens, le défendeur pouvait obtenir son absolution jusqu'au dernier moment du procès, en donnant satisfactian au demandeur.

Ainsi, par exemple, si vous avez stipulé de moi un esclave, vous pouvez éviter la condamnation pécuniaire en me le remettant, même après la *litis contestatio*. Cette solution, dit-on, prouve qu'on n'observait pas à la lettre les termes de la formule ; le juge aurait dû condamner, puisqu'en se plaçant au moment de la *litis contestatio*, l'esclave était dû.

La réponse est trop aisée. Cela prouve tout simplement que, d'après les Sabiniens, le juge devait répondre à la question de la formule, en se plaçant au moment où il rendait la sentence : voilà tout.

(1) Gandolfo, *op. cit.*, p. 183, admet que l'interprétation rigoureuse de la formule a pu persister jusqu'à l'époque de Julien.

On allègue encore qu'on avait fini par admettre que le juge pouvait condamner l'héritier à payer les intérêts des sommes léguées *sinendi modo*, bien que la formule de l'action n'eût pas changé. Mais, comme nous ne savons pas du tout comment était rédigée la formule de l'action en pareil cas, l'argument tombe de lui-même. On peut répondre, en effet, que si l'on a élargi les pouvoirs du juge, c'est que probablement la formule se prêtait à cette interprétation extensive.

Et puis, dans notre question, si l'on suppose qu'on avait d'abord interprété strictement la formule et prononcé le débouté total, puis admis l'idée du débouté partiel, comment se fait-il qu'il ne nous soit parvenu aucun témoignage sur un changement de droit d'une si grande importance pratique?

A coup sûr, les compilateurs ne l'auraient pas supprimé, puisqu'il eût été conforme au droit de leur temps.

Enfin, cette interprétation large n'est pas dans l'esprit du droit romain, comme on peut l'induire de ce qui se produisait dans le cas des exceptions dilatoires.

Supposons qu'un créancier soit convenu avec son débiteur de ne lui rien réclamer pendant cinq ans : *ne intra quinquennium peteretur ;* voilà une exception dilatoire.

Or Gaius, IV, § 123, nous dit : « Celui à qui une exception dilatoire est opposée doit avoir le soin de différer son action ; s'il agit malgré l'exception, il perd son droit, car ce droit ayant été déduit en justice, et sans succès par suite de l'exception, il ne peut plus agir de nouveau, même après avoir laissé écouler le temps au bout duquel il eût pu éviter l'exception. »

Gaius ne s'arrête pas à nous faire remarquer que la sentence ne va pas, corrigeant la demande, condamner le défendeur à payer au temps voulu, tellement cela est évident pour lui; il se borne à constater que le droit est perdu.

Remarquez pourtant que rien n'eût empêché le juge de condamner à payer en reportant l'exécution au jour du terme, car un texte, la L. 4, § 5, D. *De re judicata,* 42, 1, suppose précisément qu'un individu a été condamné à payer à une époque fixée par le juge, et autre que le délai légal.

Cela posé, n'y a-t-il pas une analogie frappante entre le cas d'exception dilatoire, et celui où l'on oppose au demandeur une exception portant sur une partie de sa demande seulement.

Dans le premier cas, on oppose au demandeur, par l'exception *pacti,* que sa demande est prématurée.

Dans le second cas, on lui oppose, aussi par une exception, qu'elle est exagérée.

Dans le premier cas, il perd son droit complètement.

Dans le second cas, il doit aussi le perdre en totalité.

On peut arriver au même résultat par une autre voie :

Si la demande était exagérée *ipso jure*, si, par exemple, le créancier, qui a stipulé 1000, les réclamait intégralement ayant déjà reçu un paiement partiel de 600, il y aurait *plus petitio re.*

Si la demande était prématurée *ipso jure*, si, par exemple, on intentait l'action avant l'échéance du terme convenu dans le contrat lui-même, il y aurait *plus petitio tempore.*

Dans les deux cas la conséquence serait identique.

La demande exagérée *ipso jure* a le même effet fâcheux que la demande prématurée *ipso jure*, à savoir un débouté total.

Donc, par analogie, la demande exagérée *exceptionis ope* doit avoir le même effet fâcheux que la demande prématurée *exceptionis ope*, c'est-à-dire un débouté total.

Dans ce système donc, on assimile, au point de vue du résultat, le cas où le défendeur a dû invoquer une excep-

tion pour lutter contre l'exagération de la demande, à celui où il peut se défendre *ipso jure* contre cette exagération. Qu'importe cette différence de procédure? Le résultat au fond doit être le même : *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur* (Paul, L. 112, D. *De reg. jur.*, 50, 17).

N'oublions pas que les résultats si rigoureux de la *plus petitio re* n'ont été abrogés que par Justinien, L. 2, C. *De plus pet.*, 3, 10.

Dans le système de Gandolfo, on répond (1) : L'exception dilatoire produit une absolution totale parce que force est bien, à l'époque classique, quand cette exception est reconnue fondée, de repousser le demandeur pour le tout, car cette exception, en réalité, s'appliquait à toute la demande. Elle était totale au moment de l'instance; ce n'est que par abus qu'on la qualifierait d'exception partielle.

Sans doute! mais on ne la qualifie pas non plus d'exception partielle. On fait remarquer seulement que le juge, au lieu d'accorder ici au demandeur une satisfaction adéquate à son droit, c'est-à-dire une condamnation reportée à l'échéance, le déboute entièrement, alors qu'il pourrait, le texte cité plus haut le démontre (2), apposer un terme à sa sentence. C'est d'autant plus grave, qu'en droit romain le demandeur ne peut pas revenir à la charge en temps plus opportun : son droit est épuisé.

Croire qu'une exception, celle de pacte par exemple, parce qu'elle est basée sur l'équité, doit nécessairement produire un résultat de tout point conforme à l'équité telle que nous la comprenons, c'est donc une illusion. On le voit précisément par l'effet de l'exception dilatoire

(1) Voyez Garnot, p. 45.
(2) L. 4, § 5, D. *De re judicata*, 42, 1.

basée sur un pacte qui accorde un terme. Elle produit la libération absolue du débiteur, résultat absolument inique selon nos idées modernes.

L'iniquité, d'ailleurs, n'est pas si choquante qu'on le croit, parce que ce résultat n'a pas seulement pour cause la structure de la formule, mais correspond aussi à l'idée de peine comminée à l'égard du plaideur téméraire, dans le but de l'obliger à ne pas exagérer son droit, et à tenir un juste compte de celui de l'adversaire.

On a cherché à repousser l'argument, tiré de l'analogie entre la *plus petitio* et le débouté total pour cause d'exception partielle, par une autre objection.

Voici le raisonnement de Gandolfo :

On sait que, dans la *condictio incerti*, l'*intentio* de la formule est : *quidquid ob eam rem dare facere oportet.* Il n'y a pas ici de *plus petitio* possible, puisque le demandeur ne précise pas sa demande (1). Pour éclaircir les idées, supposons que le demandeur ait stipulé du défendeur que celui-ci lui bâtirait une maison de quatre étages.

Supposons, en outre, qu'à cette demande le défendeur oppose une exception partielle. Selon lui, sa promesse aurait été réduite par un pacte de remise postérieur, et il ne serait tenu d'élever qu'une maison de trois étages. L'exception *pacti conventi* sera ici partielle.

Or, ajoute Gandolfo (2), dans le système d'Eisele, il faudra dire que le défendeur devra être absous pour le tout, et cela dans un cas où la *plus petitio* n'est pas possible! Ainsi, le demandeur serait traité plus sévèrement, plus injustement que d'après le droit civil lui-même. Et cela au nom de l'équité !

Nous ne croyons pas que le système du débouté total

(1) Gaius, IV, § 54.
(2) Note 95, p. 141. — Garnot, p. 42.

mène ici à ce résultat, pas plus qu'il n'y mènerait dans le cas d'une action de bonne foi à laquelle on opposerait une exception partielle (1).

Dans les deux cas, par suite du caractère vague et incertain de l'*intentio*, le demandeur a, *par avance*, *réduit sa demande à la quantité contre laquelle ne viendrait militer aucune exception jugée fondée par le juge*. Vous me devez 100 ; je vous ai fait par un pacte remise de 20, et je vous réclame seulement 80. Vous aurez beau opposer l'exception de pacte, comme j'en ai par avance tenu compte dans ma demande, elle n'est plus applicable à cette demande, et le juge la repoussera pour ce motif.

Il en est forcément de même lorsque l'*intentio* est *incerta*. Le demandeur peut toujours dire : je ne réclame que ce que le juge trouvera juste de m'accorder. Le juge, tout en reconnaissant qu'il y a eu pacte, donnera gain de cause au demandeur ; il peut dire au défendeur : votre exception est fondée en fait, mais elle ne s'applique pas à la demande qui a été réduite en conséquence, *puisque son chiffre a été laissé à ma discrétion*.

9. — En faveur du débouté partiel on fait valoir les considérations suivantes :

Répondant d'abord à l'argument tiré de l'analogie entre le cas où la demande est exagérée *ipso jure*, et celui où elle l'est par suite d'une exception partielle, Dernburg et ses partisans soutiennent qu'il ne doit pas y avoir, dans le cas d'exception partielle, perte radicale du droit, comme dans celui de demande exagérée *ipso jure*. Si la *plus*

(1) Supposons, par exemple, qu'une femme donne à un capitaliste mandat de prêter de l'argent à une personne avec laquelle cette femme est associée, et qui doit employer cette somme aux affaires sociales, pour acheter des marchandises, par exemple. La femme ici intercède pour moitié, et, poursuivie par l'action *mandati contraria*, pourrait opposer pour moitié l'exception du Snc. Velléien. Voyez L. 17, § 2, D. *ad Snc. Vel.*, 16, 1.

petitio produit cet effet désastreux pour le demandeur, c'est que nous sommes dans le domaine du vieux droit civil et de ses règles rigoureuses. Mais, quand il s'agit des effets de l'exception de dol, nous avons à interpréter un droit d'équité, et la solution doit varier. Il ne faut pas s'en tenir rigoureusement aux termes de la formule, en présence de l'exception de dol, qui a précisément pour but de briser l'ancien formalisme.

Eisele répond que, dans les deux cas, il s'agit toujours d'une action de droit strict, et que l'insertion de l'exception ne change en rien la nature stricte de l'action. Dire le contraire, ce serait adopter une erreur certaine, ce serait soutenir que l'exception de dol transforme l'action de droit strict en une action de bonne foi, ce qui est inadmissible, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus.

Dans le système du débouté partiel, on insiste pourtant et l'on dit :

L'exception fut, pour le Préteur, un instrument de réforme; par là il corrigea les rigueurs du droit civil, et fit prévaloir l'équité sur la logique trop absolue des principes primitifs (1).

Or, les réformes opérées ne durent pas dépasser leur but : du moment que l'exception est fondée sur l'équité, elle ne doit pas la violer, autrement elle deviendrait inique à son tour. Par exemple, si Primus, créancier de 100, fait remise de 40 à son débiteur, au fond des choses il reste créancier de 60. Si donc l'exception de pacte opposée par le défendeur aboutissait à une absolution complète, le résultat serait manifestement contraire à l'équité, puisqu'alors elle priverait le demandeur d'une créance certaine.

(1) Voyez notamment, parmi les auteurs français : Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, n° 524, note 3; May, *Eléments de droit romain*, 1re édition, n° 379, note 3; 2e édition, n° 201, note 1; Garnot, p. 7.

Sans doute ! Mais, en pratique, l'objection ne porte pas.

Qu'on se rappelle la L. 21, D. *De reb. cred.*, 12, 1 ; c'est la clef de bien des difficultés de notre matière. Le demandeur qui réclame 10, et à qui le défendeur prétend ne devoir que 5, peut être contraint de recevoir 5 et de plaider pour le surplus.

De même dans l'exemple cité : si le défendeur allègue un pacte de remise pour 40, et reconnaît le surplus de la dette, il n'y aura délivrance de formule que pour 40 ; dès lors, plus de difficulté !

Par analogie, si le défendeur soutenait n'avoir dû que 40 dès l'origine, et non pas 100, et avoir obtenu, par un pacte, remise de cette dette de 40, on devrait diviser l'action en deux formules, l'une pour 60, l'autre pour 40, et insérer dans cette dernière seulement l'exception de pacte.

Que si le demandeur se refusait à un procédé si équitable, et réclamait l'action pour le tout, il ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même du débouté total que lui infligerait l'exception partielle.

L'atermoiement, lui aussi, engendre l'exception de pacte, et cette exception a été imaginée pour faire prévaloir l'équité ; pourtant celui qui a accordé terme par un pacte perd sa créance par l'effet de cette exception, s'il a l'imprudence d'actionner son débiteur trop tôt. N'est-il pas inique que l'exception aboutisse à ce résultat ? Il n'en est pas moins certain.

D'un autre côté, quand on objecte l'iniquité du débouté total à raison d'une exception partielle, on perd de vue que les Romains cherchent à punir le plaideur qui exagère sa prétention, en lui faisant perdre même ce qui lui était légitimement dû. Toute la procédure romaine, notamment celle des interdits, institution exclusivement prétorienne, nous montre à chaque instant des peines établies contre les plaideurs téméraires, dans le but de les contraindre à

calquer exactement leur action sur leur droit, en un mot, pour réaliser la prophylaxie de la chicane.

En ce qui touche particulièrement l'exception de dol invoquée dans un but de compensation, on a dit aussi (1) : « L'équité exige une condamnation partielle, car la liquidation des deux dettes respectives a démontré que, tout compte fait, le demandeur se trouvait créancier d'un reliquat et que, par suite, il ne commettait aucun dol en intentant l'action. »

On pourrait répondre qu'il y a là une équivoque : il commet un dol, non pas en intentant l'action, mais en réclamant plus qu'il ne lui est dû. De même, celui qui a accordé un terme par un pacte commet un dol, non pas en réclamant une somme qui lui est réellement due, mais en la réclamant trop tôt.

Mais ces objections, spéciales à l'exception de compensation, appellent à notre gré une réponse plus topique. Elles militent contre le fonctionnement de l'exception de dol en matière de compensation, *tel que le comprennent certains auteurs*, en un mot, contre le rescrit de Marc-Aurèle entendu en ce sens que, poursuivi par une action de droit strict, en vertu d'une créance même contestable, même indéterminée, le défendeur pourrait invoquer une créance, fût-elle contestable ou non liquide, et la faire vérifier et liquider, rien qu'en opposant l'exception de dol !

Oui, certes, il serait souverainement injuste que le demandeur pût jamais, en pareil cas, être débouté de sa créance entière, à raison d'une dette reconventionnelle, même très inférieure. Mais ce danger est chimérique, parce que, comme nous l'avons souvent répété, pour que l'exception de dol réussisse, *il faut quil y ait dol*, et qu'il ne saurait en être question en pareil cas.

(1) May, *op. et loco cit.*

Ces objections militent donc plutôt contre l'interprétation ordinaire donnée au rescrit, interprétation que nous avons essayé de réfuter, que contre le principe du débouté total par l'effet d'une exception, même partielle.

Enfin, M. Accarias (1), à l'appui du système de l'effet partiel, ajoute que certaines exceptions avaient incontestablement pour résultat de diminuer la condamnation.

Voici celles auxquelles il attribue ce caractère :

1° L'exception *hereditatis restitutæ ex senatusconsulto Trebelliano*. En cas de restitution partielle de l'hérédité, le fiduciaire invoquera pour partie cette exception. Mais l'auteur cité n'indique ni argument, ni texte à l'appui de cette idée. La question ne nous semble pas bien posée : il ne s'agit pas d'invoquer une exception partielle. Celui qui, devant restituer les trois quarts de l'hérédité, a accompli son obligation, ou offre de l'accomplir, invoque pour le tout l'exception *restitutæ hereditatis*, et fait débouter pour le tout le demandeur. C'était à ce dernier d'accepter l'offre et de ne demander l'action que pour le reste qu'il prétendait lui être dû (2).

2° M. Accarias cite encore l'exception « *si non et illi solvendo sint* », invoquée par un fidéjusseur poursuivi pour le tout, et qui oppose le bénéfice de division. Si, devant le juge, le fidéjusseur réussit à prouver la solvabilité de ses cofidéjusseurs, devra-t-il être absous? Ce serait un résultat d'autant plus criant, dit l'auteur cité, qu'il n'est pas toujours facile de tirer au clair le contenu d'un patrimoine. Il en conclut que c'est là une exception qui diminue la condamnation.

Mais, qu'est-ce qui empêche de laisser le fidéjusseur payer sa part, ou de l'y condamner s'il ne l'offre pas, puis

(1) Précis n° 901.
(2) Arg. L. 21, D. *De rebus cred.*, 12, 1.

de délivrer contre lui l'action pour le surplus, c'est-à-dire pour la part de ses cofidéjusseurs ? L'exception alors n'aura plus d'inconvénient. Nous avons déjà vu que cette division de la formule était usitée à Rome, quand le défendeur ne contestait qu'une partie de la demande (1).

3° Le savant auteur cite encore l'exception du Snc. Velléien invoquée pour partie. Nous expliquerons le texte invoqué (L. 17, § 2, D. 16, 1) et nous montrerons qu'il est interpolé (2). Si cela est vrai, l'argument se retourne contre ceux qui l'invoquent.

4° Enfin, l'exception du bénéfice de compétence, qui ferait absoudre le défendeur, s'il est réellement insolvable, et aboutirait à une condamnation partielle dans le cas contraire. Mais l'auteur cité fait observer lui-même (3) qu'un grand nombre des textes y relatifs « disent que le débiteur est poursuivi *in id quod facere potest,* langage inexact sans doute, ajoute-t-il ». Mais, au lieu de critiquer le langage des textes, ne vaudrait-il pas mieux les croire, et penser que l'exception obligeait ici le demandeur à restreindre son action au *quod facere potest debitor*, par une clause ajoutée à sa formule, soit dans l'*intentio*, soit dans la *condemnatio ;* et, en cas de refus, le faisait débouter complètement (4) ?

10. — Voyons maintenant les textes invoqués par les deux systèmes.

Toutefois, avant d'aborder cet examen, une remarque préalable s'impose à celui qui veut peser équitablement les témoignages pour et contre.

Tout le monde convient que, sous la procédure extra-

(1) Voyez la note précédente.
(2) Voyez plus bas n° 14, p. 378 et s.
(3) T. II, n° 919 *in fine*.
(4) Voyez encore ce que nous disons de cette exception, plus loin n° 13, p. 376 et s.

ordinaire, et par conséquent sous Justinien, le magistrat n'étant plus lié par une formule et ayant ses coudées franches, l'exception partielle aboutissait à une absolution partielle. Si donc il en était autrement à l'époque formulaire, comme le soutient Eisele (1), les compilateurs ont dû s'efforcer d'effacer toute trace du débouté total, et d'y substituer, dans les textes des jurisconsultes, des solutions favorables au débouté partiel.

Entre les deux systèmes la partie n'est donc pas égale, au point de vue de la facilité des preuves.

Autant le système de Dernburg et de Gandolfo doit trouver aisément dans la compilation des appuis nombreux, autant celui d'Eisele doit avoir de peine à découvrir quelque fragment ayant par hasard échappé à l'attention des compilateurs. Si le système du débouté total trouve un seul texte pour lui, pourvu qu'il soit décisif, ce texte unique l'emportera nécessairement sur vingt fragments allégués par la doctrine opposée, parce que ces derniers ont pu, ou pour mieux dire, ont dû être interpolés par les compilateurs. En les altérant, ils n'ont fait que leur devoir, on ne saurait leur en faire un reproche ; bien au contraire, c'est quand ils ont laissé passer des textes non conformes au droit de leur temps, qu'ils ont commis une faute, quoique, au point de vue de notre curiosité et de l'histoire du droit, on puisse dire : *felix culpa !*

C'est pourquoi nous ne pouvons adopter le point de vue de Gandolfo quand il dit (p. 117, *op. cit.*), à propos d'une interpolation alléguée : « Laissons de côté la panacée habituelle qui consiste à mettre les compilateurs sur le banc des accusés. Ils ont commis tant de fautes avérées, que nous devons nous faire un scrupule de ne pas

(1) Et comme l'admettent même quelques-uns de ses adversaires, pour l'époque antérieure à Julien ; voyez texte ci-dessus, n° 8, 2e argument, p. 344, n° 1. Voyez aussi n° 7 *in fine*, p. 337 et p. 340, note 1.

leur en imputer de douteuses. Leur mauvaise réputation, leur casier judiciaire si chargé, ne doit pas nous prédisposer à leur mettre sur le dos des délits qui ne sont pas absolument prouvés. »

C'est là se placer à un point de vue qui défigure complètement la physionomie des choses. Il ne s'agit pas de mettre les compilateurs sur la sellette, *mais au contraire de supposer qu'ils ont correctement accompli leur mission*. Nous n'avons pas devant nous des prévenus ! Le principe que le doute profite à l'accusé, et qu'il doit être *a priori* réputé innocent jusqu'à preuve complète du contraire, n'a donc rien à faire ici ; il ne peut que nous égarer.

C'est un préjugé contre lequel Gradenwitz proteste avec raison (1), et dont il faudrait se débarrasser une fois pour toutes, que de confondre dans une défaveur commune ceux qui corrigent le texte de la Florentine, et ceux qui supposent une interpolation. Supposer une interpolation, ce n'est en aucune façon corriger le célèbre manuscrit du Digeste ; au contraire, c'est admettre que telle est bien la rédaction sortie des mains des compilateurs. Le manuscrit des Pandectes étant très bon, celui qui veut en corriger le texte a la vraisemblance contre lui ; alléguer une interpolation, au contraire, c'est avancer une hypothèse contre laquelle rien, absolument rien, ne milite *a priori :* la question de savoir si l'interpolation existe ou non dépend des circonstances spéciales à chaque cas. Tout ce que l'on peut conclure des travaux les plus récents sur la question des interpolations en général, c'est que le Digeste est beaucoup plus interpolé qu'on ne le croit habituellement (2).

(1) *Interpolationen*, p. 3.
(2) Voyez Eisele, Z. S. S. R. A. tomes VII, X, XI, XIII. — Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 1 et s. — Henri Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 6.

La conséquence de ces observations est facile à tirer. S'il subsiste un seul fragment échappé à l'attention des compilateurs, et *impliquant nécessairement* que l'exception partielle menait à un débouté total, la question doit être résolue dans ce sens, quelque nombreux que soient les textes invoqués par l'opinion contraire, parce qu'ils peuvent tous être justement récusés comme suspects.

On ne peut pas exiger, du reste, que le système du débouté total produise des textes disant expressément que le demandeur, agissant au mépris d'une exception partielle, perdra la totalité de son droit, même la partie contre laquelle ne militait point l'exception. Si négligents, si peu habiles, si pressés que soient nos compilateurs, ce résultat brutal leur eût sauté aux yeux, et ils eussent arrêté au passage une solution choquante pour leur époque, alors surtout que Justinien venait d'abolir les effets anciens de la *plus petitio re* (1). On ne peut donc espérer rencontrer dans le Digeste que des passages qui *impliquent* la vieille solution et non des textes qui la *consacrent* formellement.

11. — En voici un pourtant qui semble fournir quelque chose de plus qu'une preuve indirecte.

Chose étrange ! il n'a pas été relevé par Eisele, bien qu'il forme le meilleur appui de son système (2). Il est tiré de Pomponius, lib. 9, ad. Q. Mucium (3):

L. 34, § 1, D. *De auro, argento, mundo, ornamentis... etc., legatis*, 34, 2 :

Item scribit Quintus Mucius : si maritus uxori, cum

(1) La Constitution 2, C. *De plus petitione*, 3,10, est probablement de 530.

(2) Ce texte a été signalé par Bekker, *Actionen*, II, p. 24, note 37, puis par Naber, *Observatiunculæ de jure romano* XXIX: *Quid Divus rescripserit Marcus circa doli mali exceptionem*, dans *Mnemosynes bibliothecæ philologicæ batavæ*, vol. XXI, p. 13 [39].

(3) Cet ouvrage a été écrit sous Antonin le Pieux. Voyez Lenel Palingenesia, *h. l.*

haberet quinque pondo auri, legasset ita : « *Aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret* (1) » ; *etiam si libra auri inde venisset, et mortis tempore amplius quam quatuor libræ non deprehendentur*, IN TOTIS QUINQUE LIBRIS HEREDEM ESSE OBLIGATUM, *quoniam articulus* « EST » *præsentis temporis demonstrationem in se continens* (2). *Quod ipsum, quantum ad ipsam juris obligationem pertineat, recte dicetur, id est ut ipso jure heres sit obligatus ; verum sciendum si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suæ ; tunc, mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni, ut*, SI PERSEVERAVERIT MULIER IN PETENDIS QUINQUE LIBRIS, EXCEPTIONE DOLI MALI SUBMOVEATUR. *Sed, si ex necessitate aliqua compulsus testator, non quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso jure quinque libræ auri debebuntur*, NEC DOLI MALI EXCEPTIO NOCEBIT ADVERSUS PETENTEM (3).

Ce texte suppose visiblement un legs *per damnationem*, créant une *obligation* pour l'héritier.

(1) Il y avait probablement dans le texte original ; Heres meus uxori *damnas esto* dare. Les compilateurs auront effacé les traces de la vieille formule.

(2) Ou plutôt : *continet*.

(3) Quintus Mucius a écrit aussi : Un mari, ayant cinq livres d'or, a fait un legs ainsi conçu : « Tout l'or qui *est* préparé pour ma femme, je veux que mon héritier le lui donne. » Si, à l'époque de sa mort, le testateur avait vendu une livre du métal précieux, en sorte qu'on n'en trouvât plus que quatre, même en ce cas l'héritier est obligé à payer intégralement cinq livres, parce que le mot *est* employé par le testateur se rapporte au temps présent (celui où il testait). Pomponius annote ainsi ce fragment de Q. Mucius : Cette solution est exacte en ce qui touche l'obligation civile, *ipso jure*, l'héritier est tenu ; mais si le testateur a aliéné une livre pour diminuer le legs fait à sa femme, ce changement de volonté donne lieu à l'exception de dol, de sorte que, *si la femme* (malgré l'opposition de cette exception) *persiste à réclamer les cinq livres*, elle est écartée par l'exception de dol. Mais si le testateur a aliéné, contraint par quelque nécessité, et non pas pour diminuer le legs, alors, non seulement la femme sera créancière *ipso jure*, mais encore l'exception de dol ne fera pas obstable à sa demande.

Le texte l'indique très clairement, non pas une fois seulement, mais *cinq fois*, si nous comptons bien : 1° *uti heres* DARET ; l'héritier doit donc *dare ; dare* c'est transférer la propriété ; il s'agit donc d'un legs qui ne transfère pas lui-même la propriété, mais oblige seulement l'héritier à la transférer ; 2° *in totis quinque libris heredem esse* OBLIGATUM ; le legs qui *oblige* l'héritier, c'est le legs *per damnationem* ; 3° *quantum ad ipsam juris* OBLIGATIONEM ; même observation ; 4° *ipso jure heres sit* OBLIGATUS ; 5° *ipso jure quinque libræ auri* DEBEBUNTUR.

Ainsi : *daret*, *obligatum*, *obligationem*, *obligatus*, *debebuntur*, voilà, répétée à satiété, la caractéristique du legs *per damnationem*.

Notez que, Quintus Mucius étant antérieur à l'empire, il n'est pas possible de penser au sénatus-consulte Néronien (1).

Enfin, il n'est même pas besoin de ces expressions décisives pour montrer qu'il s'agit ici d'une action personnelle. Comment la femme pourrait-elle jamais réclamer par une action réelle la cinquième livre d'or, que le testateur a aliénée, et que par conséquent l'héritier n'a pas entre les mains ? Pour pouvoir intenter une action réelle contre quelqu'un, au temps de Q. Mucius, il faut qu'il soit possesseur de l'objet réclamé ; plus tard, il faut au moins qu'il en ait perdu la possession par son dol. Nous n'insisterions pas sur ce point, par trop évident, si l'auteur d'une thése récente, citée plus haut, M. Garnot, p. 85, n'avait, par inadvertance sans doute, cherché à expliquer le texte en y voyant un legs *per vindicationem*, sous prétexte que « *petere* » signifierait : « *agir en revendication.* » Mais il suffit d'ouvrir Dirksen, *Manuale latinitatis*, au mot *petere*, pour voir qu'il se prend indifféremment dans le sens d'in-

(1) Donnant à tout legs l'effet *obligatoire* du legs *per damnationem*.

tenter une action réelle ou personnelle. Voyez, par exemple, Gaius, IV, § 33 : *sive pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis* PETAMUS ; l'expression *pactum de non* PETENDO, etc.

L'action intentée par la femme légataire est donc bien une action personnelle ; il n'est pas douteux non plus que ce ne soit une action de droit strict. *Ipso jure*, elle est créancière de cinq livres d'or : mais par suite des circonstances de la cause, qui ne peuvent lui être inconnues, il y a dol de sa part à réclamer la totalité de cette créance ; elle devrait ne demander que quatre livres d'or, et c'est pourquoi on lui oppose l'exception de dol.

Voilà bien une exception partielle, elle ne s'adresse qu'à un cinquième de la demande ; eh bien, quel en est l'effet ?

Il est difficile, ce me semble, quand on lit le texte sans prévention, de ne pas admettre que c'est un débouté total :

« *Si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur* ».

Son obstination n'est-elle pas ici menacée d'une punition, le rejet total de sa demande ? Si l'exception de dol pouvait mener à une diminution de la condamnation, alors il n'y aurait pas lieu de distinguer entre le cas où la femme persiste à réclamer les cinq livres, et celui où elle réduit sa demande à quatre livres ? Dans les deux cas, elle n'en obtiendrait toujours que quatre !

Ne se fait-on pas des illusions sur la rigueur du droit romain en cette matière et sur l'injustice du débouté total ? Comme l'indique très clairement notre texte, cette peine ne frappera que les *obstinés*, ceux qui, si l'on me passe cette expression, tomberaient dans l'impénitence finale. Mais, jusqu'à la dernière heure du procès, la légataire peut ici éviter cet échec total, en signifiant à son adver-

saire qu'elle n'exigera pas la cinquième livre, qu'elle est prête à lui fournir toute garantie à cet égard.

Au fond, cette menace d'un débouté total, loin de pouvoir être taxée d'injustice, ne peut avoir qu'un salutaire effet : elle oblige le demandeur à tenir compte des exceptions de son adversaire. Que si l'on n'a pas de risques à courir, on ne se gènera point, on contestera tout, laissant au juge le soin d'en rabattre. Ce n'est pas simplifier sa tâche!

Le texte que nous venons de commenter n'est d'ailleurs pas la seule trace de l'effet total des exceptions partielles, que les compilateurs aient laissé passer sans la voir ; il y en a d'autres, que les partisans de ce système ont su trouver, et qui, bien qu'un peu moins nettes que la précédente, n'en ont pas moins une sérieuse valeur.

C'est d'abord la L. 27, § 5, D. *De pactis*, 2, 14, Paul, lib. 3, ad. Edictum :

Si cum viginti deberes, pepigerim ne decem petam, efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam.

« Si, créancier de vingt, je conviens avec vous de ne vous réclamer que dix, il en résultera *que je ne devrai réclamer que dix*, par suite de l'exception que l'on m'opposerait. »

Eisele reproche à Dernburg de traduire ici : *exigere debeam*, par « *je ne puis obtenir* ». Il faut avouer que le sens est : « Je serai forcé de ne réclamer que dix ». L'exception est donc un moyen de faire réduire, non pas la condamnation, *mais la demande ;* c'est une pression exercée sur le demandeur. Cela coïncide parfaitement avec le témoignage de la L. 34, § 1, D. *De auro, argento*, 34, 2.

Gandolfo, dans l'article cité (1), semble mériter un peu le même reproche que Dernburg.

(1) Page 179.

« Les expressions : *efficeretur... ut tantum reliqua decem exigere* DEBEAM, comme d'ailleurs tout l'ensemble du fragment, dit-il, paraissent destinées à montrer la validité et l'efficacité du pacte ; elles indiquent donc le résultat final auquel on aboutit par suite de l'exception fondée sur ce pacte, résultat consistant en ce que *le créancier obtiendra dix, quoique par hasard il se soit laissé aller à réclamer vingt* (1). »

C'est traduire comme si le texte portait : *efficeretur... ut tantum reliqua decem* OBTINEAM. L'argument qu'Eisele tire de ce texte, et qui se concentre et se résume dans ce mot *debeam*, impliquant l'obligation de restreindre sa demande, cet argument est ainsi esquivé, mais non réfuté, et par conséquent subsiste intégralement.

Voici un autre texte qui déboute totalement le demandeur pour n'avoir pas acquitté une créance mille fois inférieure à celle qu'il réclame à bon droit, une créance dont il n'est même pas débiteur civil, une obligation naturelle tout au plus :

L. 50, D. *De solutionibus*, 46, 3 ; Paul, lib. 10 ad Sabinum :

Si cum aurum tibi promiserim, ignoranti quasi aurum æs solverim, non liberabor. Sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. Petentem tamen te aurum exceptione submovebo, si non reddas æs quod accepisti.

« Si, vous ayant promis de l'or, je vous ai remis du cuivre à la place, sans que vous vous en soyez aperçu, je ne suis pas libéré et je ne puis même pas répéter le cuivre comme payé indûment, car j'ai agi sciemment. Mais si vous réclamez l'or sans me rendre le cuivre, je vous repousserai par une exception. »

(1) « *Resultato... consistente in ciò, che il creditore avrà dieci, quantunque per avventura siasi fatto a chiedere venti.* »

Cette exception, c'est visiblement celle de dol.

Et pourtant, la valeur du cuivre est mille fois moindre que celle de l'or ! On me déboute donc, moi créancier d'une valeur mille fois plus forte, si j'omets de rendre cette valeur relativement infime, dont je ne suis même pas débiteur civil : car celui qui me l'a remise, ayant agi sciemment, ne saurait avoir la *condictio indebiti*.

Si l'exception de dol avait pu, dans une hypothèse quelconque, donner au juge le pouvoir de diminuer la condamnation, c'était le cas, ou jamais, d'appliquer ce pouvoir, car le rejet total de la demande aboutit ici au résultat le plus choquant.

Et notons bien que le texte est de Paul, qu'il a été écrit une vingtaine d'années au moins après la mort de Marc-Aurèle.

Si donc l'exception de dol avait, par impossible, reçu de cet empereur la vertu d'autoriser le juge d'une action personnelle de droit strict à diminuer la condamnation à raison d'une créance reconventionnelle, à combien plus forte raison cette règle nouvelle n'aurait-elle pas dû être appliquée à notre cas !

Voici enfin un dernier texte, qui implique aussi le débouté total par suite d'une exception partielle, et l'obligation pour le demandeur, qui veut éviter ce résultat, de réduire lui-même sa demande.

L. 2, § 7, D. *De doli mali except.*, 44, 4, Ulpien, lib. 66 ad Edictum :

Item quæritur : si statuliberum mercatus quis fuerit jussum decem dare, cum hoc ignoraret, et duplum stipulatus fuerit, deinde decem acceperit, evicto eo in libertatem, agere ex duplæ stipulatione potest ; sed nisi decem, quæ implendæ conditionis causa acceperit, deduxerit, exceptione submovendus erit : et hæc ita Julianus quoque scripsit. Si tamen ex re emptoris, vel ex peculio quod da

emptorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici exceptionem non nocere, quia dolo non faceret.

« Si une personne a acheté, sans le savoir, un esclave affranchi sous la condition de donner dix, qu'elle ait fait la stipulation *duplæ*, puis reçu les dix, enfin que l'esclave ayant réclamé avec succès sa liberté, elle ait été évincée, elle pourra agir en vertu de la stipulation *duplæ ;* mais si elle ne déduit pas de sa demande les dix qu'elle a reçus pour l'accomplissement de la condition, elle devra être repoussée par l'exception de dol ; telle est aussi la doctrine de Julien. Toutefois, si l'argent qu'a donné le *statuliber* provient du patrimoine de l'acheteur, ou du pécule qui est la propriété de cet acheteur, il faut dire que l'exception ne pourra lui nuire, parce qu'alors il n'y a pas dol de sa part. »

Ici, on ne saurait contester, et nul ne conteste en effet que, faute de réduire lui-même sa prétention, le demandeur subisse un débouté total ; mais on cherche à expliquer ce débouté total par des raisons particulières à l'hypothèse.

Pour comprendre ces explications, il faut savoir que si après la vente, mais avant la tradition (1) de l'esclave à l'acheteur, cet esclave avait versé les 10 au vendeur, l'acheteur pourrait, il est vrai, réclamer cette somme par l'action *ex empto*, comme étant un accessoire de l'esclave vendu, une acquisition faite par son intermédiaire, mais alors il devrait renoncer à l'action *ex stipulatu duplæ* (2).

Il semble donc que l'acheteur n'ait que le droit de choisir entre l'action *ex stipulatu* et la réception des dix : réclamer les 10, c'est renoncer à l'action.

Toutefois, et tout le monde est d'accord sur ce point, la situation est différente lorsque notre acheteur ne vient pas réclamer ces 10 au vendeur, lorsque c'est l'esclave qui

(1) La mancipation à l'époque classique.

(2) L. 3, D. *De doli mali except.*, 44,4, texte de Paul, lib. 71 ad Edictum.

vient les offrir à l'acheteur, parce qu'alors il n'est pas libre de les refuser, l'esclave serait affranchi tout de même, et l'argent qu'il offrait serait perdu, tant pour l'acheteur que pour le vendeur (1). On permet donc à l'acheteur, même après avoir reçu les 10 de l'esclave, d'intenter l'action *ex stipulatu duplæ*, seulement on l'oblige alors, sous peine d'être repoussé par l'exception de dol, à déduire ces 10 de l'action qu'il intente.

Voilà les résultats consacrés par les textes, de l'aveu de tous. Il s'agit maintenant de les interpréter. Voici comment raisonne Dernburg (2); Gandolfo a suivi la même voie (3).

Dernburg reconnaît que la L. 2, § 4, D. 44, 4, paraît au premier abord consacrer clairement le système de ses adversaires.

« Mais des motifs spéciaux à l'espèce expliquent ici, dit-il, le débouté total.

« Ils expliquent que l'acheteur soit obligé de déclarer, au plus tard au moment où il intente l'action *ex stipulatu duplæ*, qu'il entend imputer sur sa créance les dix qu'il a reçus. L'acheteur n'a que le droit de choisir entre : 1° Obtenir le versement fait par l'esclave ; il a alors entre les mains un équivalent de l'objet acheté, et, s'en étant contenté, il n'est plus recevable à intenter l'action d'éviction ; 2° Ou bien intenter cette action, mais alors il ne peut pas réclamer le versement.

« Ainsi, la réception du versement rend irrecevable l'action ; toutefois, ce résultat a été adouci par les motifs suivants :

« L'acheteur, sans vouloir se contenter de cette somme, peut juger utile et nécessaire, pour la sauvegarde de ses intérêts, de recevoir le versement fait par l'esclave, en

(1) Ulpien, Règles, II, 6 ; L. 4, § 10, D. *De statuliberis*, 40,7.
(2) P. 217 et s. — Voyez aussi Ubbelhode, p. 136, note 33.
(3) P. 177 et s.

acompte sur le montant de l'indemnité qu'il a le droit de réclamer au vendeur, en sorte qu'il encaisse ce versement pour le compte du vendeur. Ce versement sera bon à recevoir, notamment lorsque notre acheteur aura des doutes sur la solvabilité du vendeur, en sorte qu'il serait peu prudent de sa part de refuser l'argent comptant qu'on lui offre. Mais, si l'acheteur a reçu le versement de l'esclave avec ces intentions-là, il doit le manifester, au plus tard au moment où il intente l'action *ex stipulatu*, en déduisant cette somme de sa demande, autrement le droit admet qu'il a entendu se contenter du versement. »

Ce raisonnement pèche, en ce qu'il prétend interpréter les intentions de l'acheteur qui reçoit le versement de l'esclave, Il n'y a pas d'intention à interpréter, *là où l'acheteur n'est pas libre d'accepter ou de refuser*. Ce refus ne profiterait qu'à l'esclave, qui deviendrait libre quand même, et celui à qui il nuirait en fin de compte, c'est au vendeur, qui aurait été libéré d'autant, si l'acheteur avait accepté l'argent offert. On pourrait même dire que le vendeur pourrait reprocher à l'acheteur d'avoir refusé, en pure perte, l'argent de l'esclave. Notre acheteur n'est donc pas libre ici de recevoir ou non ; dès lors, s'il a reçu, il n'y a rien à conclure de là touchant ses intentions.

Dernburg invoque à l'appui de son système la L. 3, D. *De except. doli mali*, 44, 4, qui se relie à la L. 2, § 7, et qui prouverait que l'acheteur n'a qu'un droit d'option. Mais la situation n'est pas la même. Dans le cas de la L. 3, l'esclave a déjà payé aux mains du vendeur, et l'acheteur vient réclamer cette somme à son vendeur. Qui l'y forçait? Absolument rien. Il est donc tout naturel d'admettre qu'il entend s'en contenter. En tout cas le vendeur peut lui dire : Puisque vous voulez tirer un profit de l'éviction, il est bien entendu, n'est-ce pas, que vous renoncez à vous en plaindre ?

Lorsqu'au contraire l'acheteur reçoit directement de l'esclave le versement, qu'il ne peut refuser sans nuire au vendeur lui-même, il n'y a rien du tout à en conclure ; seulement, quand il viendra demander indemnité pour l'éviction, ce vendeur lui répondra :

« Sans doute je vous dois cette indemnité, mais n'est-il pas juste de soustraire de cette indemnité le profit que vous avez retiré de cette éviction, autrement dit la somme versée par l'esclave ? Vous ne pouvez vraiment vous y refuser sans dol. Vous me demandez trop. Le prix étant de 15 (par exemple), la stipulation *duplæ* a donc pour objet une somme de 30. Vous devriez déduire 10, et ne me demander que 20; votre demande est exagérée *exceptionis ope.* »

Il s'agit donc bien ici d'une exception partielle, et pourtant le rejet est total. Si, au temps d'Ulpien, l'exception eût permis au juge de diminuer la condamnation, on ne voit pas du tout quels motifs impérieux, particuliers à l'hypothèse dont il s'agit, auraient exigé ici un débouté total.

12. — Obliger le demandeur lui-même à tenir compte de l'exception, tel est le système romain à l'époque formulaire. C'est là une idée qu'on découvre dans des matières fort diverses. Le rôle que joue l'exception de dol, invoquée pour obtenir le remboursement de certaines impenses, dans beaucoup d'actions personnelles ou réelles, ne démontre-t-il pas que nous sommes en présence d'une de ces idées, d'une de ces tendances générales, qui dominent toute la procédure civile romaine ?

Il y a un lien très intime entre la manière dont fonctionne l'exception de dol invoquée pour exercer le droit de rétention, et la manière dont opère une exception partielle. A la vérité on a contesté ce lien (1).

(1) Gandolfo, *op. cit.*, § 30 *in fine;* § 22 et § 11, note 54, suivi par Garnot, *op. cit.*, p. 83.

« La théorie du droit de rétention est étrangère à notre sujet, dit Gandolfo (note 54). L'exception *doli*, invoquée pour sanctionner le droit de rétention, et reconnue fondée, ne tend, ni ne peut tendre, à une diminution de la condamnation. Elle a un effet tout différent : celui d'empêcher le demandeur de recouvrer la possession de sa chose, jusqu'à ce qu'il ait remboursé au détenteur les indemnités qui peuvent lui être dues, et qui ont leur source dans la détention qu'il a eue de la chose. Cela ne constitue point une diminution de la condamnation, mais un moyen suggéré par l'équité, pour assurer au défendeur le droit à une indemnité qu'il n'avait, en droit romain, aucun autre moyen d'obtenir. »

Gandolfo se débarrasse ainsi de quelques textes gênants, comme par exemple la L. 8, D. *De tritico, vino*, etc., 33. 6 *(Pomponius, lib. VI epistolarum) :*

Si heres damnatus sit dare vinum quod in doliis esset, et per legatarium steterit quominus accipiat, periculose heredem facturum si id vinum effundet ; sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non præstet id quod propter moram ejus damnum passus sit heres (1).

Faut-il vraiment écarter du débat tous les textes où le droit de rétention est en jeu ? On dit : il ne s'agit ici que d'empêcher le demandeur d'être mis en possession de l'objet avant d'avoir indemnisé le défendeur. Tel est bien l'effet du droit de rétention *dans le droit moderne*. Mais, prenons-y garde ! l'effet est tout autre, et bien plus grave, en droit romain. Le demandeur, non seulement va perdre

(1) « Si le testateur a condamné son héritier à donner le vin qui était dans des tonneaux, et que le légataire ait été mis en demeure d'en prendre livraison, l'héritier s'expose en répandant le vin. Mais, lorsque le légataire l'actionnera, il pourra le repousser par l'exception de dol, si le légataire ne l'indemnise pas du préjudice que lui a causé son retard. »

actuellement son procès, mais sa créance même ; une fois déduite en justice, elle est éteinte.

Ainsi, dans le cas prévu au texte, voilà un légataire qui, malgré la mise en demeure par l'héritier, a tardé à prendre livraison du vin et à en débarrasser les tonneaux ; le voilà maintenant qui réclame son legs par l'*actio ex testamento*. L'héritier soutient que le retard lui a causé préjudice, qu'il a dû acheter des tonneaux neufs pour mettre sa récolte, etc.

Le légataire contestant le préjudice subi, l'exception de dol est insérée dans la formule. Eh bien, si l'héritier démontre qu'il lui est dû une indemnité, si minime qu'elle soit, le legataire va être débouté totalement de son action *(placuit submoveri)*. Et cela, sans avoir été averti des intentions du juge, par un *arbitrium* lui intimant l'ordre d'indemniser et fixant le montant de l'indemnité, comme cela a lieu dans la revendication ; ici l'action n'est pas *arbitraire*, rien n'oblige le juge à faire pressentir au demandeur son opinion.

Convaincu que l'héritier n'avait, en réalité, subi aucun préjudice, le légataire a pu, jusqu'au dernier moment, se faire l'illusion de croire que le juge partagerait cette conviction, et voilà que, pour n'avoir pas offert une faible indemnité, il perd à jamais une créance considérable ! Voilà la solution du texte. Elle ne saurait surprendre quiconque est un peu familiarisé avec le mécanisme de la procédure formulaire, et avec ce système qui consiste, sous la menace de peines souvent très rigoureuses, comme dans les interdits, à forcer chaque partie à limiter sa prétention à la stricte mesure de son droit.

Et pourtant, comme cette solution est rigoureuse !

Ce qui en augmente encore la sévérité, c'est le fait que toutes les condamnations sont pécuniaires.

Créancier de cinquante mesures de vin, le légataire,

s'il gagnait son procès, obtiendrait condamnation à une somme d'argent. Si les Romains l'eussent voulu, n'eût-il pas été bien facile, puisqu'il fallait estimer la valeur du vin légué, de déduire de cette somme l'indemnité qui pouvait être due à l'héritier? En droit moderne, où l'on condamne à la chose même, il y aurait là une difficulté; en droit romain, où la condamnation est pécuniaire, elle n'existe pas, et cependant le juge ne fait pas cette déduction, il déboute entièrement le demandeur !

Contre le débouté total par l'effet d'une exception partielle, sévérité qui a pour but d'obliger le demandeur à prendre les devants et à réduire lui-même sa prétention, on objecte (1) qu'il y aurait une excessive disproportion entre le but et le moyen. Mais précisément, cette disproportion que l'on critique, le texte que nous commentons la consacre expressément.

Ce résultat éclaire la question de l'effet des exceptions partielles. Il nous montre clairement l'esprit, les tendances de la législation. Si, pour assurer au défendeur le remboursement d'une créance simplement naturelle, on n'hésite pas à menacer le demandeur d'un débouté total au cas où il n'en tiendrait pas compte, à plus forte raison ne doit-on pas reculer devant ce résultat, lorsque le défendeur base son exception sur une créance civile, ou sur une nullité partielle de l'obligation pour laquelle on actionne. Traiter diversement les deux cas aurait été bien peu logique.

Nous avons raisonné sur un cas d'action personnelle. Dans les actions réelles aussi, le demandeur est menacé de perdre son bien, s'il n'offre pas au défendeur les indemnités qui peuvent lui être dues. A la fin du IIIe siècle, à la

(1) Gandolfo, p. 111.

veille de la disparition de la procédure formulaire, Dioclétien proclame encore le principe :

L. 16, C. *De reivind.*, 3, 32 :

... *ab eo, qui bona fide possidens ædificavit, si velis vindicare, sumptus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri.*

« Si vous voulez revendiquer contre le possesseur de bonne foi qui a construit, vous devez offrir la dépense, pour ne pas vous exposer à être repoussé par l'exception de dol. »

De même Ulpien, L. 4, § 9, D. *De doli mali except.*, 44,4 *: Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat, et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.*

« Si un mineur m'a donné un esclave enfant, et puis le revendique, il doit être repoussé par l'exception de dol, s'il ne me rend pas les aliments et les dépenses légitimes que j'ai faites au sujet de cet esclave. »

On voit que c'est toujours le même procédé ; ici toutefois le demandeur est averti de ce qu'il doit faire par l'*arbitrium* du juge ; son obstination à ne pas rembourser la dépense deviendrait alors une vraie folie.

Quant à la disposition finale de la L. 38, D. *De reivindicatione*, 6, 1, il n'y a rien à en tirer, dans un sens ou dans l'autre :

« Sur le fonds d'autrui que tu avais acheté par erreur, tu as construit ou tu as fait des plantations, puis tu en es évincé. Un bon juge statuera diversement selon les circonstances et les personnes :

« Supposez que le propriétaire eût fait les mêmes constructions : qu'il rende la dépense pour reprendre le fonds, du moins jusqu'au montant de la plus-value, et si la plus-value est supérieure à la dépense, la dépense seule-

ment. Supposez le propriétaire pauvre, de sorte que si on l'obligeait à rembourser tout cela, il se verrait privé des lares paternels, des sépulcres de ses aïeux. Il suffira alors de permettre au possesseur d'enlever ce qui peut être enlevé, de manière pourtant à ne point rendre le fonds moins bon que s'il n'avait jamais été bâti. Mais nous décidons que si le propriétaire est prêt à payer une valeur égale à celle que le possesseur retirerait des matériaux, il doit pouvoir le faire, car il ne faut pas permettre les méchancetés, et, par exemple, d'enlever l'enduit ou de gratter les peintures que le possesseur a fait faire, ce qui ne servirait à rien, sinon à nuire à autrui. Supposez, au contraire, que le propriétaire soit homme à vendre bientôt le fonds qui lui aura été rendu amélioré ; dans ce cas, s'il ne rembourse pas ce que nous avons dit ci-dessus, déduction faite de cette somme, tu dois être condamné au surplus. »

Dans ce dernier cas, il s'agit évidemment d'un propriétaire qui n'aurait pas fait lui-même cette dépense, ou qui n'a pas d'argent pour la payer, bref, d'un demandeur à qui l'on ne peut reprocher le moindre dol. Par conséquent, ce n'est pas par le moyen de l'exception de dol que le possesseur pourra ici se faire indemniser; encore une fois, il n'y a pas de dol, et si le juge pense que le demandeur n'a pas l'intention de vendre, il devrait lui faire rendre la chose, toute améliorée qu'elle est, sans qu'il eût à bourse délier. Mais, si le juge est persuadé que notre demandeur, bien qu'incapable de payer les impenses, s'empressera de vendre, et de s'enrichir ainsi de la plus-value, il puise dans son office même, et indépendamment de l'exception de dol, *qui n'a rien à faire ici*, les pouvoirs nécessaires pour rendre une bonne justice. Par son *arbitrium* il enjoint au défendeur de restituer, si le demandeur lui rembourse ses dépenses. L'*arbitrium* n'est pas exécuté, mais le juge

constate aussi que le demandeur n'y met pas de mauvaise volonté ; dès lors, puisqu'il est libre de fixer le montant de la condamnation pécuniaire, il lui est loisible de la réduire en tenant compte des impenses.

On a donc bien tort de considérer ici la diminution de la condamnation comme un effet de l'exception de dol, puisque nous sommes précisément dans un cas où il n'y a pas de dol. S'il y avait dol, c'est-à-dire si le propriétaire refusait de rembourser, le pouvant, une dépense qu'il eût faite lui-même, il serait débouté totalement, nul ne le contestera, les textes précédemment cités en font foi, et notre loi 38 elle-même, prévoyant ce cas, proclame aussi ce résultat : « *solvat impensam, ut fundum recipiat.* »

Pour résumer les idées sur les effets d'une exception partielle, nous ne saurions mieux faire que de reproduire une page d'Ortolan, dans laquelle ce problème se trouve merveilleusement posé (1) :

« Ceux qui, sous l'empire de nos idées actuelles, ou même des idées reçues dans la procédure extraordinaire des Romains, ont imaginé pour l'époque du système formulaire une exception de dol, dont l'effet aurait été d'attribuer au juge dans les actions de droit strict, comme dans les actions de bonne foi, le pouvoir de faire la compensation entre les dettes et les créances des deux parties, et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat, ont rêvé un effet impossible sous cette forme, parce qu'il est inconciliable avec le mot même d'exception de dol, et avec toutes les règles du système formulaire à cet égard. Je dis *rêvé*, non dans aucune intention blessante pour les jurisconsultes éminents qui ont longtemps suivi cette opinion, ni pour ceux qui y ajoutent encore foi, *mais parce que leur idée d'une telle exception de dol est vague et con-*

(1) Explication historique des Instituts, n° 2181, 2184.

fuse comme les idées d'un rêve, et que je crois pouvoir les mettre au défi de la formuler en une rédaction hypothétique quelconque d'exception produisant un tel effet, à laquelle il soit possible de maintenir encore le nom d'exception de dol. Ce qu'il était permis de s'imaginer là-dessus, avant la découverte et l'étude de Gaius, ne l'est plus aujourd'hui...

« L'objection majeure, qui a fait faire généralement mauvais accueil à l'idée d'un pareil résultat (le débouté total) malgré sa complète harmonie avec le système romain, c'est l'iniquité étrange qu'on a cru y voir. Comment une institution introduite par esprit d'équité tournerait-elle en une conclusion qui y semble aussi contraire? — Je vais faire voir d'abord, par de nombreux exemples, que la même exception de dol, toujours introduite sans doute par le Préteur dans un esprit de bonne foi et d'équité, fonctionnait avec cette même conséquence, formellement exprimée par les textes, savoir l'absolution du défendeur et la déchéance du demandeur, en des circonstances semblables à la nôtre et avec de non moindres apparences de rigueur extrême. — Je montrerai ensuite comment il ne faut pas s'arrêter à ces apparences ; comment les choses se passaient, dans la pratique de la procédure formulaire, d'une manière moins cassante qu'on ne suppose, et comment cette conclusion de l'exception de dol, devant laquelle on recule, n'était en définitive qu'une sévère animadversion contre la mauvaise foi du demandeur, après que celui-ci s'était refusé, devant le magistrat, pendant tout le cours de la procédure *in jure*, jusqu'à la *litis contestatio*, aux nombreux expédients offerts par la rédaction des formules pour soumettre équitablement la question au juge. »

Voilà ce qu'écrivait, il y a quarante ans déjà, le jurisconsulte hors de pair qui, plus que tout autre peut-être en France, a pénétré l'esprit du droit romain.

Il nous reste à étudier les textes invoqués par les partisans de l'effet partiel des exceptions (1).

13. — On peut diviser ces textes en deux catégories : ceux qui poseraient le principe et ceux qui en contiendraient l'application.

1° En fait de textes généraux, le système du débouté partiel n'en invoque qu'un seul, mais il faut avouer qu'il a son importance, et que ce système y trouve un appui, au moins très spécieux :

L. 22 pr., D. *De exceptionibus*, 44,1, Paulus, libro sing. de variis lectionibus :

Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

« L'exception est une condition, qui tantôt affranchit le

(1) Nous laissons de côté un texte invoqué tour à tour par les partisans et les adversaires de ce système, par Eisele et par Gandolfo, parce qu'il a été, à n'en pas douter, fortement altéré par les compilateurs.

C'est la L. 15, D. *De doli mali except.*, 44, 4, Scævola, lib. V responsorum. Voici ce texte, avec les notes dont l'accompagne Lenel, *Palingenesia*, II, p. 314.

Fidejussor evictionis nomine condemnatus (a) *id prædium, quod evictum est, et omnia præstare paratus est, quæ jure empti continentur : quæro, an agentem emptorem exceptione ex causa judicati (b) doli mali summovere potest? Respondit exceptionem quidem opponi posse, judicem autem æstimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.*

(a) Lenel note : Fidejussor... condemnatus] non possunt hæc esse Scævolæ. Auctoris sponsor *Scæv.* ?

(b) ex causa judicati *Trib?* — Ainsi, d'après le savant romaniste, parfaitement désintéressé dans la question qui nous occupe, le texte a été fortement retouché. A mon gré il contient encore une troisième interpolation. Scævola avait écrit tout simplement : *Respondit exceptionem opponi posse.* Les compilateurs y ont ajouté la phrase finale, et introduit un *quidem* dans la phrase de Scævola. Cette phrase finale renferme une expression *(judicem æstimaturum)* favorite des compilateurs, très appréciée par eux à cause de son sens vague, qui ne compromet rien. Ils l'emploient dans deux textes certainement interpolés : L. 31, § 1, D. *De donat.*, 39, 5, comparée à Frag. Vat. § 254; L. 60, § 1, D. *Locati*, 19, 2. Voyez Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, p. 29 et Lenel, *Paling.*, Javolenus, 212 et la note. Enfin, cette phrase finale trahit encore, par son ineptie, la main des compilateurs. Puisque, *par hypothèse*, le fidejusseur est prêt à fournir à l'acheteur tout ce qui lui revient *jure empti*, il est clair que la satisfaction est suffisante, et l'exception bien fondée. Le juge n'a rien du tout à estimer.

défendeur de la condamnation et tantôt diminue cette condamnation. »

Les exceptions qui diminuent la condamnation seraient les exceptions partielles.

Pour réfuter l'argument très fort tiré de ce texte, il ne faut pas songer à une interpolation. L'interpolation est possible sans doute. Paul a pu écrire : *Exceptio est conditio quæ eximit reum damnatione*, sans rien ajouter de plus, mettant en relief, comme Ulpien, le caractère exclusoire de toute exception. Mais on ne saurait la rendre vraisemblable par aucun indice sérieux : la phrase est trop courte pour que nous puissions y relever quelque particularité de style décelant les compilateurs ; elle est d'ailleurs sobre, nette, d'une bonne latinité. Eisele est choqué de ce que Paul ait parlé d'une *conditio quæ minuit* ; une condition et une diminution sont des choses fort différentes. Pourtant, si un testateur, après avoir légué 1000 sesterces à quelqu'un, ajoutait : et si tel navire revient d'Asie je n'en lègue que 500, n'y aurait-il pas là une *conditio quæ minuit* ? Laissons donc de côté l'hypothèse d'une interpolation, possible, mais non démontrable.

On a cherché à expliquer d'une autre façon la L. 22. On a dit que la dernière phrase se rapportait au bénéfice de compétence, admis dans huit ou neuf cas, et en vertu duquel le défendeur n'est condamné que « *in id quod facere potest* ». Ce bénéfice est qualifié d'exception par Ulpien (1), par Tryphoninus (2), et par Paul lui-même (3).

Mais on peut objecter avec Gandolfo (4), que si les jurisconsultes ont appelé ce bénéfice exception, on ne saurait dire toutefois que cette exception soit une condi-

(1) L. 63, § 2, D. *Pro socio*, 17,2.
(2) L. 33, D. *De novat.* 46,3.
(3) L. 7, D. *De except.*, 44,1 ; L. 17, § 1, D. *Soluto mat.*, 24,3.
(4) *Op. cit.* p. 113 et s.

tion de la condamnation, mais bien une limitation de ses effets. Au surplus, Paul n'a pas pu penser ici à cette exception particulière, quand il a écrit : *modo minuit damnationem*. Cette seconde phrase, comme la première, se réfère au mot *exceptio ;* or, dans la première phrase : « *modo eximit reum damnatione* », Paul prend le mot d'exception dans un sens général ; il doit donc prendre ce même mot dans ce même sens général dans la seconde partie du texte. On ne saurait attribuer à ce même mot, dans la même phrase, deux acceptions différentes, pour ne pas dire opposées (1). Par conséquent, il n'a pu vouloir parler des exceptions *en général* quand il a indiqué leur effet exclusoire, et d'*une* exception *en particulier* quand il signale leur effet diminutif.

S'il avait pensé au bénéfice de compétence, il aurait posé la règle générale de l'effet exclusoire, puis signalé l'exception en question comme une dérogation unique à ce principe. Au lieu de cela, il formule deux règles, en les mettant de pair, sur la même ligne : *modo..... modo*. Un même adverbe n'aurait pu désigner également deux situations profondément distinctes : une règle très générale et une dérogation unique à cette règle (2).

Ces observations sont fort justes ; il faut, pour expliquer la définition de Paul, sans admettre le debouté partiel, non seulement montrer qu'une exception spéciale produit l'effet diminutif, mais encore que *toute* exception peut produire cet effet, et que pourtant le principe du débouté total *dans les actions de droit strict* reste debout.

La conciliation est aisée. Nous avons montré plus haut (3), que dans toute action à *intentio incerta* l'exception partielle produira une absolution partielle, par la raison

(1) Garnot, p. 54,
(2) Garnot, p. 54.
(3) N°8 *in fine*, p. 349.

bien simple que, n'ayant pas précisé sa demande, le demandeur doit être considéré comme l'ayant restreinte à la partie de son droit contre laquelle ne milite pas l'exception. C'est ainsi que, *dans ces actions-là*, les exceptions partielles aboutissent à une diminution de la condamnation. Toute exception, lorsqu'elle est partielle, peut donc mener à ce résultat. Ainsi se justifie le « *modo minuit damnationem* » de Paul. Lui faire dire qu'une exception partielle produira toujours le même effet, quelle que soit la nature de l'action, et que cet effet sera toujours diminutif, comme le veulent les partisans du débouté partiel, ce serait aller plus loin qu'il ne nous autorise à le faire, car il peut fort bien vouloir dire seulement ce que nous avons supposé (1).

14. — Voici maintenant, parmi les textes invoqués par Dernburg et Gandolfo, ceux qui ont une réelle importance dans ce débat, et qui seraient, selon eux, des applications du débouté partiel :

L. 17, § 2, D. *Ad Snc. Vellej.*, 16, 1 : Africanus libro IV Quæstionum : *Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniæ rei facti sunt: non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat. Nam, si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat: veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur, potius esse ut senatusconsulto locus non sit. At, si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri, et ideo creditorem partem duntaxat pecuniæ a*

(1) Encore une fois ces observations n'excluent pas la possibilité d'une interpolation, mais les preuves manquent. Il n'y a rien d'impossible, ni même d'invraisemblable, dans la supposition que Paul avait écrit ; *Exceptio est conditio quæ eximit reum damnatione*, et que le reste est des compilateurs. Mais ce n'est qu'une conjecture.

muliere petere posse; QUOD SI TOTUM PETIERIT, EXCEPTIONE PRO PARTE SUMMOVETUR.

On sait que le Snc. Velléien annule toute *intercessio*, et notamment tout cautionnement consenti par une femme ; elle ne saurait *s'obliger* dans l'intérêt d'autrui. Mais y a-t-il une *intercessio* dans le cas prévu par Africain ? La question est délicate.

« Une femme et Titius, empruntant pour une affaire commune, sont devenus codébiteurs solidaires. La femme, disait Julien (1), ne doit pas dans tous les cas être censée avoir fait une intercession pour la part de son associé, car, s'ils ont emprunté pour un motif tel que, si le créancier n'avait pas prêté, la femme eût subi un dommage plus considérable que celui auquel elle s'expose en se portant débitrice solidaire : par exemple, si, à défaut de prêt, la maison dont elle était copropriétaire n'eût pu être réparée, ou si elle eût été confisquée (à défaut de paiement des impôts), alors il vaut mieux admettre que le sénatus-consulte ne s'applique pas. Mais, si la femme et son associé ont emprunté solidairement pour faire un achat, alors, pour la part de son associé, la femme a fait une *intercessio*, et par suite le créancier ne peut demander à la femme que sa part dans la dette ; s'il réclame le tout, il est repoussé pour partie par l'exception du Snc. Velléien. »

Si la dernière phrase du texte *(quod si totum petierit, exceptione pro parte submovetur)* est d'Africain, la question est résolue au profit des partisans du débouté partiel. Mais l'argument est à deux tranchants. Il se retourne contre eux si la fin du texte est interpolée. Or, même dans leurs rangs, on rencontre des auteurs qui ad-

(1) On sait que, dans ses *Quæstiones*, Africain se borne à reproduire la doctrine de Julien, sauf parfois à la réfuter, à la compléter ou à l'annoter, dit Lenel, *Palingenesia*, I, 2, note 1. Cujas, qui a fait d'Africain une étude approfondie, nous dit : « *ut plane videatur Julianus Africano esse pro oraculo* » (*ad Africanum*).

mettent l'altération du texte. Pernice est de cet avis; on sait que selon lui l'exception de dol seule peut avoir un effet diminutif (1). Gandolfo lui-même confesse que la phrase finale ne saurait être d'Africain (2).

Le style du fragment, en effet, est décisif à cet égard. Le texte tout entier, depuis le *principium* jusqu'à la phrase suspecte, est conçu dans la forme indirecte. Tous les verbes sont à l'infinitif, régis par le « *respondit* » qui se trouve au *principium*. Pendant trente lignes Africain reste fidèle à la même construction; on ne saurait admettre qu'il l'abandonne sans motif à la dernière. Cette phrase fait donc l'effet d'un morceau cousu à la hâte et sans soin. Elle est inutile, car « *partem duntaxat petere posse* » en disait assez; en outre, elle trompe l'attente du lecteur.

« Il ne peut réclamer qu'une part; que s'il réclame le tout... »

On s'attend ici à une punition, ou du moins à l'annonce d'un péril... et l'on n'apprend rien que l'on ne sût déjà. La phrase finale n'est qu'une plate répétition de celle qui précède. Quel pléonasme que de dire : « Il ne peut réclamer que moitié ; s'il réclame le tout... eh bien ! il n'obtiendra que moitié ! » Ainsi, qu'il réclame la moitié ou le tout, ce sera toujours la même chose : il n'obtiendra que moitié !

Ici, Gandolfo nous arrête. Sans doute, dit-il, la phrase n'est pas de Julien, dont Africain ne fait que répéter la doctrine jusqu'aux mots : *petere posse*. C'est Africain qui, de son chef, a ajouté au *responsum* de son maître la phrase finale : *quod si totum petierit, exceptione pro parte submovetur*.

« Il y a lieu de croire, ajoute Gandolfo, que la citation de Julien se termine aux mots : *petere posse*; lorsqu'il a

(1) Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, II, p. 127.

(2) *Op. cit.*, p. 147. Lenel, *Pal.*, I, p. 7, note 1, considère les mots : *pro parte* comme un glossème.

donné ce *responsum*, l'effet diminutif des exceptions n'était pas encore une chose mûre dans les actions de droit strict. Cependant, ce nouvel effet des exceptions alla s'accentuant dans la jurisprudence. Africain ne pouvait, en présence de ce nouvel état de choses, se renfermer dans les limites de l'enseignement du maître. C'est pourquoi il l'a complété en ajoutant la phrase en question, laquelle a pour but, non seulement de signaler l'innovation, mais encore de mettre en relief l'antithèse entre l'ancien procédé — forcer le demandeur à limiter son action, *partem petere posse* — et le nouveau, la diminution par l'effet de l'exception : *pro parte submovetur.* »

Voilà le système de Gandolfo.

En somme, nous avons à choisir entre attribuer la fin du texte à Africain, ou aux compilateurs.

Du temps des compilateurs, il est certain que les exceptions partielles avaient un effet partiel. Mais en était-il ainsi au temps d'Africain ? C'est précisément la question en litige et, par conséquent, rien ne prouve que la fin du texte soit d'Africain.

Non seulement rien ne le prouve, mais cela est invraisemblable, allons plus loin : impossible.

Nous disons d'abord que c'est invraisemblable. En effet, Africain, quoique plus jeune que Julien, n'est séparé de lui que par un bien faible intervalle de temps. Julien vivait encore, et a écrit les derniers livres de ses *Digesta* sous le règne d'Antonin le Pieux (1). Eh bien ! les *Quæstiones* d'Africain ont été écrites, *au plus tard*, sous le même empereur, peut-être même sous Hadrien (2).

(1) Voyez Lenel, *Palingenesia*, t. II, p. 1246. Voyez L. 18, D. *Quod metus*, 4,2. Julianus, lib. LXIV Digestorum : « *Nam et imperator Titus Antoninus..* » On voit qu'Antonin le Pieux était encore vivant quand Julien écrivait ces mots.

(2) Voyez Lenel, *eodem*.

Est-il vraisemblable qu'un changement aussi important dans les principes de la procédure formulaire ait pu se produire dans un intervalle aussi court ?

Et si ce changement s'était produit, croit-on qu'Africain ne l'aurait pas signalé clairement en disant, par exemple : « *sed alio jure utimur* », et en motivant son dissentiment ?

Mais il y a mieux : nous avons étudié plus haut (1) un texte de Pomponius, où une exception partielle produit un rejet total. Or, ce texte est extrait de son traité *ad Quintum Mucium*, ouvrage qui a été certainement écrit après la mort d'Hadrien (2) et qui est, par conséquent, contemporain des *Quæstiones* d'Africain, s'il ne leur est postérieur. Par conséquent, le changement de jurisprudence, imaginé par Gandolfo, ne s'est sûrement pas produit.

En résumé, la différence de construction prouve que la phrase finale n'est pas du même écrivain que le reste du fragment et, dès lors, la main des compilateurs, accomplissant consciencieusement leur mission, se révèle clairement.

Nous disons : accomplissant leur mission.

En effet, Justinien a aboli la perte du procès, qui avait lieu lorsque le demandeur exagérait sa prétention, autrement dit, en cas de *plus petitio re* (3).

De là résultait nécessairement, et *a fortiori*, que la perte du procès par suite d'une exception partielle devait disparaître aussi.

Car si, lorsque je réclame trop, et que le défendeur peut me le reprocher *ipso jure*, je ne dois cependant pas perdre totalement mon procès, à plus forte raison dois-je ne pas le perdre totalement, lorsque le défendeur ne peut me

(1) Au nº 11, p. 357, L. 34, § 1 D. *De auro*, 34,2.

(2) L. 22, D. *De usu et hab.*, 7, 8 : « *Divus Hadrianus.* »

(3) D'autant plus que le magistrat-juge n'est plus lié par une formule, comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus.

reprocher l'exagération de ma demande que par le moyen d'une exception.

La solution du second cas est implicitement contenue dans la solution du premier.

Aussi ne rencontrons-nous aucun monument législatif qui abroge l'effet du rejet total résultant des exceptions partielles, bien que cette abrogation soit certaine sous Justinien.

Cette réforme a été, comme bien d'autres (1), accomplie par le moyen des interpolations.

15. — Parmi les autres textes invoqués par les partisans de l'effet partiel, il n'y en a plus qu'un qui mérite un examen attentif, c'est la L. 45, D. *De fideicommissariis libertatibus,* 40,5 : Ulpianus lib. 5 disputationum :

Si debitor rogatus sit a creditore, ancillam suam pignoratam manumittere, defendendum est fideicommissariam libertatem utiliter relictam a debitore. Quid enim interest, certa quantitas ab eo relinquatur, an fideicommissoria libertas? Sive plus sit in pretio, sive minus, cogitur libertatem præstare, si modo semel adgnovit voluntatem creditoris. Adgnovisse autem sic accipimus, si forte, cum conveniretur ab herede, usus est exceptione, vel alias voluntatem suam ostendit. NAM SI CONVENIATUR DEBITOR AB HEREDE CREDITORIS, DOLI EXCEPTIONE UTI POTEST IN ID QUOD INTERERIT DEBITORIS ANCILLAM SUAM HABERE.

Voici le cas prévu par ce texte :

Primus, créancier de Secundus pour une somme de 1000 sesterces, s'est fait donner une hypothèque sur une esclave de Secundus. Primus, créancier, meurt, et, dans son testament, il prie son débiteur d'affranchir l'esclave hypothéquée.

(1) Voyez Henri Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 20 et s.. Gradenwitz, *Interpolationen in de Pandkten,* p. 9 et 10.

Cette prière constitue un fidéicommis de liberté au profit de l'esclave. Mais on ne peut grever d'un fidéicommis qu'une personne recevant une libéralité du défunt. De là résulte que le testateur a certainement eu l'intention de faire au débiteur remise de sa dette, à charge d'affranchir l'esclave.

Le débiteur est-il tenu d'affranchir? Oui, s'il a accepté la libéralité implicitement faite à son profit, c'est-à-dire la remise de dette. S'il l'a acceptée, il est tenu d'affranchir, alors même qu'il y perdrait, c'est-à-dire alors même que la valeur de l'esclave serait supérieure au montant de la dette : *(sive plus sit in pretio, sive minus.)*

Maintenant, dans quel cas a-t-il manifesté son intention d'accepter? Par exemple, dit le jurisconsulte, si actionné en paiement par l'héritier, il lui a répondu : il y a dol de votre part à me poursuivre, car le testateur m'a implicitement fait remise de dette. Après avoir fait valoir cette exception, il peut être contraint à affranchir l'esclave.

Tout cela est fort clair. Ce qui suit ne l'est plus du tout; cela a l'air d'une explication, et cela embrouille tout :

« Car si le débiteur est actionné par l'héritier du créancier, il pourra se servir de l'exception, dans la mesure où il a intérêt, lui débiteur, à conserver la propriété de son esclave. »

Précisons la pensée par un exemple : supposons la dette de 1000 sesterces, l'esclave en valant 800. Ces 800 sesterces représentent l'intérêt qu'a le débiteur à conserver son esclave. Il pourra donc, pour ces 800, opposer l'exception de dol. Dernburg en conclut qu'il ne sera condamné qu'à 200 et qu'ainsi l'exception de dol mènera à une condamnation partielle.

Eisele répond que la conséquence n'est pas forcée, même en supposant le texte pur. Le texte, en effet, nous dit bien que le débiteur peut opposer l'exception de dol

jusqu'à concurrence de la valeur de l'esclave, mais il ne nous dit pas comment l'exception de dol opérera. Si l'héritier ne réclame que la différence, 200 sesterces, l'exception sera mal fondée et ne produira pas d'effet. S'il réclame 1000, elle pourra alors être opposée avec succès, mais entraînera-t-elle le rejet total ou le rejet partiel de la demande? C'est ce que le texte ne précise pas. Il pourrait fort bien parler de l'exception opposée *in jure*, forçant le demandeur, sous peine de rejet total, à limiter son action à la somme dont le montant de la dette dépasse la valeur de l'esclave. En cas de dissentiment, rien ne serait plus facile que de faire déterminer la valeur de l'esclave par une expertise préalable.

Donc, dit Eisele, le texte, même supposé pur, ne serait pas décisif. Mais on peut, ajoute-t-il, démontrer que la dernière phrase est interpolée. La forme et le fond s'accordent pour le prouver.

D'abord le style. Dans la phrase qui précède, le jurisconsulte désigne l'héritier du créancier tout simplement en disant : « l'héritier » *(ab herede)*, sans ajouter : *creditoris*, ce qui est en effet inutile. Quant au mot *debitor*, sujet des verbes *cogitur*, *adgnovit*, *conveniretur*, *usus est*, *ostendit*, il est sous-entendu, comme allant de soi : il n'y a pas d'équivoque possible.

Dans la phrase finale, au contraire, on ne se contente pas de dire : *ab herede*, on ajoute : *creditoris*, comme si l'on pouvait s'y tromper ! De plus, au lieu de continuer à sous-entendre le sujet des verbes *(debitor)*, on l'exprime, et même on l'exprime deux fois *(debitor... intererit debitoris)*. Non seulement il en résulte un style traînant et plat, mais encore nous trouvons là un indice caractéristique de l'esprit des compilateurs. Le scrupule les hante (1).

(1) Henri Appleton, *Des Interpolations dans les Pandectes*, p. 31, 267, etc.

Non contents de mettre les points sur les *i,* ils y mettraient volontiers des trémas, Ils écrivent pour les praticiens de leur temps, pour des juges dont les onze avocats de la Commission avaient eu bien souvent l'occasion de mesurer l'intelligence et la science ; l'expérience à cet égard ne leur manquait pas, comme le remarque finement Lenel (1).

Au fond maintenant : lorsqu'un testateur prie son débiteur d'affranchir l'esclave hypothéqué, il pense évidemment que la valeur de l'esclave est inférieure à la dette. Autrement, ce serait folie de sa part d'espérer qu'un homme va se priver d'un esclave valant 1200 pour être libéré d'une dette de 1000 ! Non ! le testateur, désirant l'affranchissement de l'esclave, compte que le débiteur acceptera la libéralité, parce qu'il y trouvera son bénéfice. Par conséquent, le testateur a nécessairement eu l'intention de faire remise *totale* de la dette.

S'il a cette intention au moment où il teste, des événements postérieurs, maladies, accidents, qui viendraient diminuer la valeur de l'esclave, ne peuvent évidemment modifier rétroactivement cette intention.

Attribuer à ce testateur l'intention de ne libérer son débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur de l'esclave, appréciée à dire d'experts, c'est une idée vraiment bizantine, ou pour mieux dire absurde, car, dans ces conditions-là, l'affranchissement devient plus qu'improbable, le débiteur n'ayant aucun intérêt à le faire. C'est attribuer au testateur une idée de nature à rendre sa libéralité cent fois contre une inefficace. Le débiteur pourra y perdre, jamais y gagner. Dès lors, quelle est sa situation vis-à-vis du testateur ? Peut-on considérer comme recevant une *libéralité*

(1) Lenel, compte rendu de l'ouvrage de Gradenwitz dans Z.S.S. t. IX, p. 182 et s.

du défunt celui à qui l'on reprend d'une main exactement ce qu'on lui a donné de l'autre ?

Etrange situation en vérité! A coup sûr ce n'est pas celle qu'Ulpien a en vue quand il nous dit : « *sive plus sit in pretio, sive minus, cogitur libertatem præstare, si modo semel agnovit voluntatem creditoris.* »

Sive plus sit, sive minus... Si le débiteur a accepté le fidéicommis, il est tenu d'affranchir, quand bien même il y perdrait (1). Dès lors, par une juste réciprocité, c'est bien le moins qu'il soit libéré de *toute* la dette, bien que la valeur de l'esclave soit inférieure. Par ces mots : *sive plus sit, sive minus*, les deux hypothèses sont prévues, et il n'y en a que deux de possibles. Que vient donc faire ensuite la phrase suivante : *nam si conveniatur*.., qui a l'allure d'une explication destinée aux étudiants, comme il y en a tant au Digeste (2)? On sait aussi que sur le nombre il y en a beaucoup de très malheureuses, montrant que le compilateur n'a pas compris le texte qu'il prétend expliquer aux autres!

Pour celui-ci, nous avons la bonne fortune de posséder le commentaire qui en a été fait par l'un des plus intelligents des compilateurs, Dorothée, le professeur de Berythe (3).

Le scoliaste traduit exactement le commencement du fragment, mais quand il arrive à la phrase suspecte, comprenant qu'elle est contradictoire avec le reste, il l'efface

(1) De même celui qui a accepté un legs de 100, à charge de donner à un tiers un objet appartenant à lui légataire, ne peut ensuite prétendre limiter la restitution à l'argent reçu. C'était à lui de bien estimer la valeur de sa chose. L. 70, D. *De leg.* 2°, 32.

(2) Voyez Eisele, Z. S. S. XI, p. 1 à 30.

(3) Scolie sur Basiliques 48, 4, 45. Heimbach, t. IV, p. 680, 681. D'après Heimbach, *Manuale Basilicorum*, p. 318, l'auteur de cette scolie est certainement Dorothée lui-même. *Sic* Eisele, *Compensation*, p. 74.

complètement et la remplace par une idée toute différente :

Ἐὰν γὰρ ἀπαιτῆται παρὰ τοῦ κληρονόμου τοῦ δανειστοῦ τὴν ενεχυριασμένην θεράπαιναν, δόλου παραγραφῇ δύναται χρήσασθαι ὁ δεβίτωρ, εἴ τι διέφερεν αὐτῷ τὸ ἐλευθερωθῆναι τὴν θεράπαιναν αὐτοῦ.

« Car, si l'héritier du créancier lui réclame l'esclave hypothéquée, il pourra user de l'exception de dol, s'il a quelqu'intérêt à ce que l'esclave soit affranchie. »

Dorothée, ajoute Eisele, n'a pas été plus heureux dans son explication que son collègue l'interpolateur !

Comment ! Il suppose que c'est le débiteur qui réclame en faveur de la liberté de l'esclave !

Tandis qu'Ulpien, lui, suppose que le débiteur sera forcé d'affranchir : « *cogitur libertatem præstare* ».

En tout cas, ceci nous montre que, pour Dorothée lui-même, la fin de notre texte était inintelligible !

Ajoutons une dernière observation :

Gradenwitz rapporte que Pernice appela un jour son attention sur un fait assez curieux :

« On trouve souvent dans le Digeste des phrases dépourvues d'intérêt, et quelquefois de sens raisonnable, qui présentent la particularité d'être composées avec des mots que l'on trouve tout près de là, un peu avant ou un peu après, dans les explications sobres et nerveuses du jurisconsulte classique. Ces phrases malheureuses sont l'œuvre des compilateurs (1). »

J'ajouterai que, leur vocabulaire latin étant assez restreint, ils s'expriment avec peine dans cette langue qui n'est pas la leur. De là ces emprunts faits, pour interpoler un fragment, à ce fragment lui-même.

Eh bien, notre loi 45, D. 40, 5, nous fournit un nouvel

(1) Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, p. 30. Il en cite plusieurs exemples.

exemple de ce fait, à ajouter à ceux donnés par Gradenwitz.

En effet, si l'on se reporte à la Palingenesia de Lenel, on voit que notre texte est visiblement la suite immédiate (1) d'un autre fragment d'Ulpien (2) ainsi conçu :

Si pecunia fuit deposita apud aliquem, ejusque fidei commissum ut eam pecuniam præstet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debebitur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori : NAM SI CONVENIATUR DEBITOR AB HEREDE, DOLI EXCEPTIONE UTI POTEST ; *quæ res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.*

Le compilateur chargé de lire les *X libri Disputationum* d'Ulpien y a donc pris un extrait formé de nos deux fragments :

Cet extrait a ensuite été séparé en deux morceaux, dont l'un a été casé au titre *De legatis*, l'autre au titre *De fideicommissariis libertatibus*, conformément à leur contenu.

Mais, avant de couper le texte en deux, le compilateur a mis à la fin de son extrait l'explication malheureuse que l'on sait, et, pour exprimer sa pensée en latin, il a emprunté toute une phrase au commencement du même extrait ; cela saute aux yeux :

L. 77, D. *De legatis 1°* 30.	L. 45, D. *De fideicom. lib.*, 40,5.
Nam si conveniatur debitor ab herede., doli exceptione uti potest...	*Nam si conveniatur debitor ab herede* creditoris, *doli exceptione uti potest* in id quod interesset debitoris ancillam suam habere.

On comprend maintenant pourquoi l'on trouve ce mot

(1) Lenel l'indique expressément, Ulpien frag. 100 et 101, t. II, p. 403, note 2 : « *junge frag.* 100, 101 » dit-il.
(2) L. 77, D. *De legatis, 1°*, 30. *Ulpianus libro V Disputationum.*

debitor comme sujet de *conveniatur* dans notre loi 45, alors qu'il est tout à fait inutile, puisque les cinq verbes précédents ont pour sujet le même mot *debitor* sous-entendu.

Conclusion : les deux textes, où le système du débouté partiel croit voir des applications de ce principe, sont évidemment interpolés. Dès lors ils se retournent contre ce système ; car si le texte classique a été interpolé, ce ne peut être que parce que, précisément, ce texte n'était pas d'accord avec le droit de Justinien, qui admet, sans conteste, l'effet partiel des exceptions partielles !

Nous ne discuterons pas un certain nombre de textes que Dernburg invoque, mais qu'Ubbelohde laisse avec raison de côté, parce qu'en effet il n'y a pas d'argument sérieux à en tirer dans la question qui nous occupe (1).

(1) L. 2, C. *De non numerata pec.*, 4, 30, rescrit de Caracalla, 213. — L. 1, § 3, D. *Ad Snc. Macedo.*, 14, 6, et L. 2, D. *eod.* Dans le premier de ces textes, il peut s'agir de l'office du *magistrat* (et non pas du juge). Dans les deux textes le demandeur évitera l'exception en restreignant sa demande ; rien ne l'empêche de la diviser, nous l'avons vu en commentant la L. 21, D. *De rebus cred.*, 12, 1. — De même au cas de la L. 15 pr., D. *Ad leg. Falcid.*, 35, 2, et de la L. 88, § 1, D. *eod.*

Une mention spéciale est due pourtant à la L. 43 pr., D. *De pign. act.*, 13, 7, Scævola. En voici la traduction:

« Un individu a hypothéqué un terrain non bâti, et remis à son créancier le titre de propriété. Voulant bâtir sur ce terrain, il en est empêché par le voisin, qui conteste la largeur du terrain, et, ne pouvant en prouver la contenance que par les actes remis au créancier, il lui demande de les lui communiquer. Refus du créancier ; voilà le débiteur obligé de restreindre sa construction, d'où préjudice. On demande si, lorsque le créancier réclamera le paiement, ou intentera l'action hypothécaire, le juge pourra, par suite de l'opposition de l'exception de dol, tenir compte de ce dommage ?

« Réponse : si le créancier n'a pas fait exprès de refuser le titre pour nuire au débiteur, celui-ci pourra, après avoir payé, agir par l'action pignératice ; mais s'il y a eu intention de nuire, le débiteur pourra immédiatement actionner son créancier. »

Selon Dernburg, il résulterait de ce texte que le juge saisi de l'action personnelle du créancier pourrait, en vertu de l'exception de dol, tenir compte du préjudice subi par le débiteur, et réduire la condamnation.

Mais, bien au contraire, le silence de Scævola sur ce point est tout à

Enfin, il est un dernier texte, qui est à la vérité étranger à notre matière, mais qu'il est utile de citer pourtant à ce propos, parce qu'il nous montre que les compilateurs ont une extrême répugnance à faire subir au demandeur un débouté *total* par l'exception de dol, lorsque cela leur paraît — bien à tort dans l'espèce ! — dépasser ce qu'exige l'équité. Nous en rejetons aussi l'explication en note (1).

fait significatif. On lui demande si le débiteur peut opposer l'exception, et il répond ; le débiteur pourra agir. On dira que qui a une action doit avoir à plus forte raison une exception (L. 156, § 1, D. 50,17), mais, d'abord, cela n'a pas été vrai de tout temps (voyez *supra*, p. 278, n° 4) ; enfin, il restera toujours que le jurisconsulte évite de dire si l'exception est opposable, bien loin de nous renseigner sur la manière dont elle fonctionnerait.

Allons plus loin ; supposons qu'à la question : « *an, doli mali exceptione posita, judex hujus damni rationem habere debeat* », le jurisconsulte ait répondu : « *debere* », cela voudrait dire tout simplement : oui, le juge doit tenir compte de ce dommage et considérer la conduite du créancier comme un dol. Mais cela ne nous dirait pas du tout si, à raison de ce dol, le juge doit débouter totalement ou partiellement le défendeur.

Pour ne rien omettre, on pourrait encore mentionner les textes suivants, que l'on invoque aussi en faveur du débouté partiel : L. 9, § 1, D. *De condictione causa data*, 12, 4, Paul ; L. 16 pr. D. *Ad leg. Fal.*, 35,2, Scævola ; L. 16, D. *De doli mali except.*, 44, 4, Hermogénien.

Tous ces textes peuvent s'interpréter dans le sens d'un débouté complet, au cas où le demandeur ne veut pas tenir compte de l'exception qu'on lui oppose, et réduire sa demande en conséquence, tout aussi bien que dans celui d'une diminution de la condamnation. C'est précisément parce qu'ils pouvaient s'entendre dans ce sens d'une condamnation diminuée, que les compilateurs les ont admis au Digeste, puisque, du temps de Justinien, les exceptions partielles aboutissaient certainement à ce résultat. Mais nous devons les interpréter dans le premier sens, celui d'un débouté total, par les raisons développées ci-dessus, et surtout par suite de l'existence de certains textes, qui ont échappé à l'attention du compilateur, et qui prouvent catégoriquement qu'à l'époque formulaire les exceptions partielles menaient à un débouté total.

(1) Il s'agit de la L. 11, D. *De noxal. act.*, 9, 4, Ulpien lib. 7 ad Ed. Le possesseur de bonne foi d'un esclave, qui a commis un délit, a abandonné l'esclave *noxaliter* à la victime du délit. Survient le véritable propriétaire, qui revendique l'esclave contre la victime du délit :

« Cum autem cœperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione submovebitur, *vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat.*

Les mots en italique sont certainement une interpolation. Ulpien

Section III. — Systèmes d'après lesquels ce n'était pas l'insertion de l'exception de dol qui permettait au juge d'opérer la compensation, mais cette exception obligeait le demandeur à modifier sa formule.

16. Objections communes à ces systèmes : ils s'appuient sur un texte suspect, exigent la fongibilité des créances réciproques, enfin ils supposent l'extension des formules *cum compensatione* ou *cum deductione* à des cas autres que ceux pour lesquels elles ont été faites, ce qui eût présenté de sérieux inconvénients. — **17.** Système de Dernburg : forme plus rigoureuse de la compensation en cas de créances fongibles et déterminées. Réfutation. — **18.** Systèmes de Huschke, d'Ortolan et de v. Scheurl : l'exception de dol forçait le demandeur à modifier sa formule. — **19.** Système d'Eisele : lorsque le demandeur, à qui l'on opposait *in jure* l'exception de dol, ne voulait ni *compensare*, ni *deducere*, on lui délivrait à la vérité l'*actio pura*, mais le rescrit prescrivait alors au juge de statuer comme si le demandeur avait agi *cum compensatione*. Réfutation et conclusion.

16. — Nous avons vu plus haut, au numéro 2, l'indication sommaire de ces systèmes.

Les uns, avons-nous dit, admettent que si le demandeur

avait écrit tout simplement : « Il sera repoussé par l'exception de dol. » La fin du texte lui fait donner une solution absurde.

En effet, cette phrase finale force la victime du délit, défenderesse à la revendication, à payer au propriétaire la différence entre la valeur de l'esclave qui lui a été abandonné *noxaliter*, et les dommages-intérêts qui lui sont dus pour le délit.

Mais, si le propriétaire possédait encore son esclave — position plus avantageuse pour lui que celle où se place le texte — pourrait-il faire à la victime du délit l'abandon noxal de l'esclave, en la forçant à lui verser la différence entre les dommages-intérêts dus pour le délit et la valeur de l'esclave ? La victime du délit lui dirait : vous n'avez que le choix entre le paiement de l'indemnité qui m'est due, et l'abandon noxal. Si vous n'avez pas d'argent pour m'indemniser, vous devez me faire l'abandon noxal pour le tout. En aucun cas je ne dois avoir rien à débourser.

A fortiori, il en doit être de même lorsque la victime est déjà nantie de l'esclave ! Elle dira au propriétaire : payez l'indemnité du délit, ou

ne consentait pas à réduire lui-même sa prétention, l'exception de dol était insérée et menait à un débouté total (1).

Tous les arguments, invoqués à tort contre le système de l'effet total des exceptions partielles, militent avec force contre cette doctrine; elle mérite les reproches que lui font les partisans du rejet partiel; elle choque l'équité, parce qu'elle met le demandeur dans une position intolérable, que les obligations spéciales de l'argentarius pouvaient seules justifier dans l'ancien droit.

D'autres supposent que le juge rendait d'abord un *arbitrium* déterminant le montant de la créance reconventionnelle (2), que le demandeur devait alors déduire de sa demande, sous peine de rejet total. Cela est vrai dans le cas d'impenses faites par le possesseur actionné en revendication, parce que la revendication est une action arbitraire; mais, en dehors de cette catégorie d'actions, le juge n'est pas autorisé à prononcer d'autre décision que la condamnation pécuniaire dictée par la formule. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à une conjecture, que démentent les règles certaines de la procédure formulaire et la distinction des actions.

Restent les systèmes qui voient dans l'exception de dol le moyen de contraindre le demandeur à agir *cum compensatione* ou *cum deductione*.

Avant d'examiner en particulier chacun de ces systèmes, il convient de présenter trois observations qui leur sont communes :

1° Toutes ces doctrines prennent pour base le texte de

laissez-moi l'esclave ; ma position ne peut pas être plus désavantageuse après un abandon noxal qu'avant.

Ulpien n'a pu commettre une pareille étourderie. Elle est le fait du compilateur, qui s'est laissé égarer — comme bien souvent — par une fausse apparence d'équité.

(1) Bethman-Holweg, *Civil. Proces*, III, p. 270 ; Krug, p. 45.

(2) Keller, p. 520.

Paul, que nous avons commenté plus haut (1). Il se référait originairement à l'*argentarius*, peut-être aussi au *bonorum emptor*, et a été abrégé pour y faire disparaître les traces du système formulaire, abandonné depuis près de deux cents ans, et devenu inintelligible pour les contemporains d'Alaric II. Ces abréviations sont même peut-être antérieures aux compilateurs du Bréviaire. Dans ces conditions, on ne peut s'appuyer avec aucune sécurité sur ce texte suspect, alors surtout qu'il s'agit de construire toute une théorie sur quelques mots. C'est bâtir sur le sable, et sur un sable mouvant.

2° Le texte des Sentences, qui a donné lieu à ces systèmes par les expressions : *compensare vel deducere debes*, suppose expressément que les deux créances à compenser portent sur des choses fongibles de la même espèce. Ceux qui veulent voir dans ce texte une application du rescrit de Marc-Aurèle, en ont conclu que la fongibilité des deux dettes était une condition de la compensation dans les actions de droit strict.

Or, non seulement on ne trouve au Digeste aucune trace de cette exigence, mais au contraire nombre de textes parlent de compensation, là où cette condition fait visiblement défaut (2).

(1) Paul II, 5, § 3, voyez ci-dessus, chapitre V, n° 14, p. 310 et s.

(2) Voyez, par exemple, au Digeste : L. 7, *Rerum amot.*, 25; 2, L. 22, D. h. t. Au Code : L. 6, L. 8, h. t., 4, 31. La L. 22 au Digeste h. t., que nous avons commentée au chapitre III, § 24, p. 152, est caractéristique à cet égard. Scævola, son auteur, a écrit ses *Quæstiones*, d'où elle est extraite, après l'accession de Commode à l'empire, donc après le rescrit de Marc-Aurèle. Par conséquent, que le texte soit pur, ou qu'il ait été retouché par les compilateurs, comme nous le croyons, il n'en fournit pas moins la preuve incontestable que la fongibilité n'était pas requise après le rescrit de Marc-Aurèle. Si elle l'eût été, Justinien qui, par sa constitution, restreint les créances opposables en compensation, en exigeant la liquidité, se serait bien gardé de supprimer la fongibilité, si le texte l'avait supposée.

3° Enfin, il est invraisemblable que l'on ait appliqué l'action *cum compensatione* et l'action *cum deductione* à des cas pour lesquels elles n'avaient pas été faites.

En effet l'action *cum compensatione* a des rigueurs extrêmes. Le péril de la *plus petitio* dont elle menace le demandeur, s'il se trompe d'un seul sesterce sur le montant de la créance adverse ou de la sienne, s'explique, nous l'avons vu, par des motifs spéciaux à l'argentarius. Ces créances portent toujours sur des quantités — généralement des sommes d'argent — toujours fixées de la manière la plus nette, et devant faire l'objet d'écritures d'une régularité parfaite. Dans ces conditions, ne pas déduire le crédit de son client, au mépris de la convention de compte courant qui lie les parties, c'est de la part du banquier le comble de la mauvaise foi; omettre d'inscrire à ce crédit des articles qui devraient y figurer, c'est une incurie qui touche au dol.

Mais imposer à tout autre citoyen l'obligation de prendre cette périlleuse formule, sous peine de commettre un dol, c'est se mettre en contradiction avec une vérité d'évidence, proclamée d'ailleurs par les jurisconsultes romains eux-mêmes :

Non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat, dit Venuleius dans la L. 99, D. *De reg. juris*, 50, 17.

Il y a mieux : souvent on sera très excusable d'ignorer, non pas seulement le montant, mais encore l'existence même de sa dette. Gaius, dans la L. 42, au même titre, nous montre que bien des personnes ont de justes causes d'ignorer si elles sont débitrices ; par exemple les héritiers du débiteur, les cautions, qui ne savent pas si la dette n'a pas déjà été acquittée par leurs auteurs ou par le débiteur principal.

L'action *cum deductione*, elle aussi, a des particularités

qui s'opposent plus fortement encore à son extension: on y déduit même les créances non exigibles ! Impossible d'appliquer cela en dehors de la faillite. Ce ne serait donc pas l'action *cum deductione* du bonorum emptor que l'on appliquerait à d'autres cas, mais une autre *deductio*, régie par d'autres principes ; ces principes, quels seraient-ils? On tomberait ici dans le domaine des conjectures, sans avoir la moindre base pour les fonder, le moindre texte pour les appuyer !

Voilà les objections communes à tous ces systèmes : reprenons maintenant ces doctrines une à une :

17. — 1° Dernburg — bien que soutenant en principe que la compensation était opérée par le juge, en vertu de l'exception de dol insérée dans la formule — fait pourtant une place dans son système à l'action *cum compensatione*, afin d'expliquer le texte bien connu des Sentences de Paul, II, 5, § 3.

Cet auteur (p. 236) commence par reconnaître qu'au premier abord ce texte semble renverser toute sa théorie. En effet : 1° Dernburg dit que la compensation s'opérait par l'exception de dol insérée dans la formule : Paul semble l'ignorer complètement ; 2° Dernburg dit que le juge faisait la soustraction : pour Paul, c'est le demandeur qui doit la faire ; 3° Dernburg dit que la condamnation était diminuée: Paul au contraire nous parle de perte radicale du procès par suite de la *plus petitio*.

Cependant Dernburg ne considère pas le texte comme altéré par les Visigoths, ni comme se rapportant originairement à l'argentarius seul (1).

(1) Toutefois il ne laisse pas de remarquer — et rien n'est plus vrai — que, dans un siècle de décadence, à une époque où s'épaississaient de plus en plus les ténèbres de l'ignorance, on ne pouvait guère comprendre cette théorie compliquée de la compensation de l'époque classique. Il rappelle la manière maladroite et brutale avec laquelle les

Il se borne à dire que les derniers mots du texte ne contiennent qu'une partie des explications de Paul ; le passage a été séparé de son contexte, des motifs qui l'accompagnaient. La compilation Visigothe, en effet, n'a jamais prétendu être ici autre chose qu'un extrait des Sentences de Paul (1). Ces considérations, très bien mises en lumière par Dernburg, ne l'empêchent pas de chercher à concilier ce texte avec son système ; voici comment il espère y arriver :

A l'époque classique, dit-il, l'exception de dol était la forme ordinaire de la compensation. Elle faisait diminuer la condamnation.

Mais, à côté de cette forme ordinaire, il y en avait une autre plus rigoureuse, pour le cas où il s'agissait, de part et d'autre, d'obligations portant sur des choses fongibles de la même espéce, et toutes deux déterminées quant à leur chiffre. Alors le défendeur pouvait exiger que le demandeur fît lui-même la compensation, en employant la périlleuse formule de l'argentarius (2).

Ce système ne peut être soutenu qu'en admettant les idées suivantes, qui sont aussi inexactes les unes que les autres :

1° Il faudrait supposer que le cas où il s'agit d'obligations portant sur des quantités déterminées *(obligationes certæ)* est le cas le plus rare, un cas exceptionnel dans les actions de droit strict, puisque, d'après Dernburg, on applique à ce cas une forme de compensation exceptionnelle, toute différente de la forme ordinaire, qui serait l'exception de dol.

Or, il n'est pas douteux, au contraire, que le cas d'obli-

compilateurs Visigoths du VIe siècle ont traité les textes des jurisconsultes, pour en tirer quelques règles applicables aux nécessités pratiques de leur temps.

(1) Dernburg, p. 240.

(2) P. 237.

gations portant sur des quantités déterminées est le plus ordinaire dans les actions de droit strict.

2° Il faudrait admettre que l'exception de dol a été d'abord le moyen employé pour opérer la compensation dans toutes les actions de droit strict, puis qu'ultérieurement on a soumis cette compensation, dans le cas d'*obligationes certæ*, à des règles plus rigoureuses. En effet, avec l'exception de dol, le demandeur, au pis aller, ne risquait, d'après Dernburg, que de voir diminuer sa créance, tandis qu'en le forçant à opérer lui-même la compensation on l'expose au péril de la pluspétition. Or, le développement historique du droit romain est entièrement contraire à cette hypothèse. La compensation a été soumise à des formes de moins en moins rigoureuses.

Dernburg a prévu l'objection et essayé d'y répondre. Cette réforme, selon lui, aurait été opérée à l'époque des Sévère. « Ce fut, dit-il, une époque de réaction très justifiée, mais malheureusement inefficace. Il était dans l'esprit de cette époque d'emprunter au mécanisme du passé des moyens de remédier à la dissolution débordante, qui se manifestait aussi sans doute par l'esprit de chicane la lenteur des procès, etc. »

Cette obligation, imposée au demandeur, d'agir *cum compensatione*, n'eût été un moyen admissible de réprimer la mauvaise foi et d'abréger les procès, que quand il ne pouvait ignorer l'existence et le montant de la créance du défendeur. Puis, ce remède contre la dissolution débordante paraît insuffisant. Tout cela est conjectural et invraisemblable.

3° Si le système de Dernburg était exact, la forme rigoureuse d'opérer la compensation en cas d'*obligationes certæ*, aurait fonctionné encore à l'époque de la rédaction du Bréviaire d'Alaric, c'est-à-dire trente ans seulement avant la constitution de Justinien qui réforme la compen-

sation (L. ult. C. h. t.); on ne trouve aucune trace de modification antérieure. Alors, pourquoi Théophile, voulant nous montrer comment fonctionnait la compensation dans les actions de droit strict par le moyen de l'exception de dol, va-t-il précisément prendre un exemple d'*obligationes certæ,* c'est-à-dire un cas où, d'après Dernburg, c'était une forme plus rigoureuse qui était en vigueur ?

Théophile, en effet, suppose que le demandeur est créancier de 10 sous d'or et le défendeur créancier de 5 sous d'or. Voilà bien des dettes de quantités déterminées.

Eh bien, cet exemple n'aurait plus été exact depuis trois siècles, depuis l'époque des Sévère, si l'on adopte le système de Dernburg !

4° Dernburg allègue que les compilateurs du Bréviaire auront négligé la fin du texte de Paul, où il expliquait dans quels cas avait lieu la forme rigoureuse qu'il indiquait, et où il parlait aussi, sans nul doute de la forme ordinaire, c'est-à-dire de l'exception de dol, selon Dernburg.

Or, dire que les compilateurs ont retranché ce dernier passage, c'est leur imputer une maladresse vraiment incroyable. Comment ! la tendance de leur époque est certes défavorable aux rigueurs formalistes ; ils trouvent devant eux deux modes de compenser, l'un rigoureux et formaliste, l'autre plus équitable et plus simple : ils gardent celui qu'ils auraient pu supprimer, et ils effacent celui qu'ils auraient dû garder !

Tout cela est inadmissible, et l'explication de Dernburg est, partant, inacceptable.

28. — 2° Huschke (1) enseignait que le demandeur était forcé d'agir (selon quels cas ?) *cum deductione* ou *cum compensatione*, autrement l'exception de dol était insérée

(1) *Jurisprudentia antejustinianea,* sur Paul Sent., II, 5, § 3.

dans la formule et menait à un rejet total de la demande.

Mais ce système ne se conforme nullement au texte de Paul, sur lequel il prétend se baser. Car, d'après ce texte, la conséquence du refus de *compensare* ou de *deducere*, ce n'est pas le rejet par suite d'une exception *(exceptione submoveri)*, mais la *plus petitio (plus petendo causa cadis)*. Paul n'a pu confondre deux choses aussi distinctes.

Si maintenant on fait abstraction du texte de Paul, le système de Huschke soulève à peu près les mêmes objections que ceux d'Ortolan, de v. Scheurl et celui d'Eisele; nous y renvoyons le lecteur pour éviter des redites.

3° Système d'Ortolan (1). — Comme Huschke, Ortolan admet que l'exception de dol forçait le demandeur à modifier sa formule; s'il s'y refusait, l'exception était insérée et le faisait débouter entièrement, à moins que l'action ne fût arbitraire, cas auquel il pouvait encore éviter cet échec en obéissant à l'*arbitrium*. « On peut même, dit-il (2), aller jusqu'à admettre que, dans les actions de droit strict et dans les véritables questions de compensation, si le demandeur donnait satisfaction au défendeur avant la sentence rendue, le dol cessait et il évitait toute déchéance. Bien qu'à la rigueur ce fût au moment de la *litis contestatio* que le juge dût se reporter, l'école des Sabiniens, au moins, aurait admis, à l'égard du demandeur, ce qu'elle admettait pour le défendeur lorsqu'elle disait : *Omnia judicia sunt absolutoria.* »

Mais, quelle modification le demandeur devait-il faire subir à sa formule pour éviter l'exception ? La procédure formulaire, dit Ortolan, lui offre plus d'un expédient pour consentir du moins, sans compromettre ses droits, à ce que la question soit soumise au juge. Voici plusieurs de

(1) Explication historique des Instituts, nos 2179 et s., surtout nos 2188 et s.

(2) N° 2191 *in fine*.

ces moyens : une *præscriptio* par laquelle il bornerait sa demande à ce qui ne serait pas compensé ; une *compensatio* proprement dite, insérée dans son *intentio*... il n'est pas nécessaire que le demandeur formule en un chiffre fixe son *intentio*, il peut rendre cette intentio *incerta*, si elle ne l'était déjà : *quidquid paret amplius*, etc. (1) ; une *deductio*, permettant de réduire le montant de la condamnation : *quod superest, deducto eo quod, etc.*

« Nous savons déjà, ajoute Ortolan, que plus d'un fragment témoigne de cet emploi de la *deductio* (2).

« Enfin, et ce serait ici la modification la plus large à faire à la formule, le demandeur peut consentir, bien qu'il agisse en vertu d'une cause de droit strict, à transformer son *intentio* en *intentio* de bonne foi : *quidquid paret dare facere oportere ex fida bona, amplius quam*... Nous avons déjà cité l'exemple d'une pareille transformation dans une formule de condiction *ex stipulatu*, par suite de la *clausula doli* insérée dans la stipulation (3).

(1) Ici il me semble qu'Ortolan n'évite pas le reproche qu'il adressait au système de Dernburg ; nous tombons dans le vague, dans le rêve. Comment un créancier d'une somme déterminée pourrait-il rendre son *intentio incerta ?* S'il ne précise pas sa demande, alors il déduira en justice toutes les causes quelconques pour lesquelles il peut être créancier. Point d'*intentio incerta* sans *demonstratio* qui vienne préciser la cause de la demande. Il faudra donc une *demonstratio*.

Mais alors, autant dire qu'il n'y a plus de formules fixes, et que chaque demandeur rédige la sienne à sa fantaisie. Nous voguons à pleines voiles sur la mer des conjectures illimitées et invraisemblables.

(2) Ortolan cite ici les textes suivants : L. 2, § 7, D. *De doli mali except.*, 44, 4 ; L. 8, L. 15, D. h. t. Paul Sent, II, 5, § 3. Nous les avons tous expliqués. Il n'y est nullement question de la *deductio* proprement dite, sauf peut-être chez Paul, on y trouve seulement le mot *deducere.*

(3) Ortolan renvoie ici au n° 2149. La *clausula doli* est la clause d'une stipulation par laquelle le débiteur s'engage à s'abstenir de tout dol. Cela évidemment ne saurait dispenser d'insérer dans la formule, le cas échéant, une exception de dol, car la *clausula* vise le dol du défendeur seulement, et l'exception celui du demandeur. Ortolan, et d'autres après lui ont confondu les deux choses. Quant aux mots : *ex fide bona*, à insérer dans la formule, même en admettant qu'ils aient pour effet de

« Sur son refus persévérant jusqu'à la litis contestatio, d'admettre aucune de ces modifications ou adjonctions à la formule, le Préteur accorde au défendeur l'exception doli mali, et le demandeur en court les risques. »

Ortolan admet aussi que, lorsque les faits paraissaient évidents au Préteur, il pouvait imposer au demandeur, sous peine de refus d'action, les modifications de formule dont nous avons parlé.

Nous n'avons que peu de chose à ajouter à la réfutation que nous avons faite, chemin faisant, en annotant ce système. Il ne reste aucune trace de ces modifications variées que la formule aurait subies et entre lesquelles l'auteur lui-même ne se prononce pas. Ce n'est pas même une conjecture qu'il nous propose, mais une série de conjectures entre lesquelles il nous laisse le soin de faire un choix. Aucune d'elles d'ailleurs, ne repose sur le moindre indice.

4° Système de v. Scheurl (1).

L'exception n'était pas insérée dans la formule, mais opposée *in jure*, et aboutissait à un refus d'action si le demandeur ne voulait ni *compensare*, c'est à-dire *agere cum compensatione*, ni *deducere*, c'est-à-dire, non pas, comme on serait naturellement porté à le croire, *agere cum deductione*, employer la formule du *bonorum emptor*, mais, tout en intentant l'*actio pura* (2), réduire sa de-

rendre l'action de bonne foi, cela ne nous mènerait à rien, car seules les créances nées *ex eadem causa* sont admises en compensation dans l'action de bonne foi. Or, comme le contrat d'où naît la créance du demandeur est, par hypothèse, un contrat de droit strict, donc unilatéral, il ne peut exister de créance reconventionnelle *ex eadem causa*. Rien ne sert de rendre l'action de bonne foi ; cela ne permet nullement au défendeur d'opposer en compensation des créances nées *ex dispari causa*. Voyez ci-dessus le n° 3, p. 322 et s.

(1) P. 162 et s.

(2) C'est-à-dire en employant la formule ordinaire, et non celle de l'argentarius.

mande et ne demander que la différence entre les deux créances.

Le défendeur aurait dit au demandeur : « Moi aussi, j'ai une créance contre vous ; donc ne m'actionnez que pour la différence, soit par l'action *cum compensatione*, soit par l'*actio pura*. Si vous ne le voulez pas, vous commettez par cela seul un dol évident devant entraîner le refus d'action, car vous agissez comme s'il était constant que vous ne me deviez rien ; pour agir loyalement, il faut permettre au juge de vérifier ce point. »

Ce système n'est pas admissible, mais non pas à raison de l'objection que lui a opposée Dernburg.

Selon lui on ne saurait appeler « opposer l'exception de dol » le fait de soutenir devant le Préteur que l'action doit être refusée au demandeur pour cause de dol. Opposer l'exception de dol, selon Dernburg, c'est la faire insérer dans la formule.

Mais bien des textes prouvent, au contraire, qu'*opponere*, *objicere exceptionem*, s'entend fort bien du fait d'alléguer l'exception devant le Préteur, indépendamment de son insertion dans la formule (1).

Toutefois, à défaut de cette objection, le système de Scheurl en suscite d'autres qui sont mieux fondées.

D'abord cette doctrine n'est applicable qu'au cas où les

(1) Gaius, IV, 119 : Omnis exceptio *objicitur* quidem a reo, sed ita formulæ *inseritur*...... Gaius, IV, 123 : Observandum autem ei cui dilatoria *objicitur* exceptio, ut differat actionem ; alioquin si *objecta* exceptione egerit, rem perdit... On lui oppose l'exception ; en conséquence il doit se retirer, ne pas demander de formule; il ne s'agit donc pas de l'exception insérée dans la formule. Voyez dans le même sens G. IV, § 124. De même dans L. 23, § 3, D. *De cond. indeb.*, 12, 6 : Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, *volenti litem contestare opponere* doli exceptionem. Enfin L. 27, § 5 D. *De pactis*, 2, 14 : efficeretur per exceptionem mihi *opponendam*, ut tantum reliqua decem *exigere debeam*.

deux créances portent sur des choses fongibles de la même espèce et sont déterminées l'une et l'autre. Or, aucun texte du Digeste ou du Code n'exige ces conditions; les abus que Justinien signale dans la L. 14, C. h. t., seraient incompréhensibles, si elles avaient été requises.

Enfin, contre ce système militent les arguments que nous avons fait valoir contre l'extension de l'action *cum compensatione*.

19. — 5° Système d'Eisele :

Eisele soutient que l'exception n'était pas insérée dans la formule, mais seulement opposée *in jure*, et qu'alors le demandeur devait agir *cum deductione* ou *cum compensatione* suivant les cas.

On n'obligeait sans doute le demandeur à prendre la voie périlleuse de l'action *cum compensatione*, que quand les deux créances étaient déterminées. Il fallait d'ailleurs toujours qu'elles portassent sur des quantités fongibles, autrement il y avait lieu, non plus à *compensatio*, mais à *mutua petitio*.

Si le demandeur refusait de laisser modifier sa formule, ou lui donnait à la vérité l'*actio pura* pour la totalité de la somme réclamée, mais dans ce cas, le rescrit aurait prescrit au juge de statuer comme si le demandeur avait agi *cum compensatione*, et par conséquent de lui faire encourir la pluspetition si le demandeur avait la moindre créance, car alors le demandeur était censé avoir réclamé comme *amplius*, c'est-à-dire comme différence entre sa créance et celle du défendeur, la totalité de sa propre créance, c'est-à-dire une somme évidemment trop élevée.

Voici quel aurait été, d'après les conjectures d'Eisele, le sens du rescrit :

Si is qui pecuniam a te petit, tibi invicem pecuniam debet, potes opponere exceptionem doli mali, qua opposita, nisi petitor quod invicem debet aut compensaverit aut de-

duxerit, judex compensationis rationem perinde habebit, ac si ille cum compensatione egisset.

« Si celui qui te réclame de l'argent, t'en doit réciproquement, tu peux lui opposer l'exception de dol, et cette exception étant opposée, si le demandeur ne compense ni ne déduit sa dette, le juge en tiendra compte comme si le demandeur avait agi *cum compensatione.* »

Voilà le système d'Eisele. Il soulève de multiples objections :

1° Il se met par trop en contradiction avec le témoignage de Théophile, sur lequel, chose étrange, il prétend pourtant s'appuyer.

D'après Théophile, l'opposition de l'exception de dol donnait au juge l'occasion de restreindre la condamnation.

Or, dans le système d'Eisele, si le demandeur agissait *cum compensatione*, mais exagérait le solde de sa créance, ou s'il agissait *cum formula pura*, dans les deux cas le résultat était un rejet complet de sa demande, et non pas la diminution de la condamnation. Théophile déclare au contraire que l'exception de dol donnait au juge l'occasion de diminuer la condamnation.

A cela Eisele répond, que si Théophile ne parle pas de la pluspétition, c'est parce que ses effets ont été abolis par Justinien dans la L. 2, C. *De plus pet.*, 3, 10.

Mais Théophile prétend nous rapporter le droit antérieur à Justinien.

La vérité, nous le savons, c'est que Théophile a tout simplement délayé ici les Institutes, et puisé dans son imagination un exemple d'école ; mais, puisqu'Eisele croit devoir s'appuyer sur ce témoignage, nous sommes obligés de faire remarquer que son système ne concorde pas avec lui.

2° Ce système prétend aussi s'appuyer sur le texte de

Paul *(Sent.*, II, 5, § 3), qui, selon Eisele, exposerait le droit résultant du rescrit. Paul, lorsqu'il nous parle du danger de *plus petitio* qui menace le demandeur, aurait eu en vue le cas où l'actio *pura* lui était délivrée, à son refus de prendre la formule *cum compensatione* ou *cum deductione*. Le rescrit alors lui infligeait comme châtiment, selon Eisele, le péril de la pluspétition. Mais, si Paul avait prévu le cas où le demandeur intentait l'*actio pura*, il n'aurait pas dit : *si totum petas*, mais : *quod si compensare vel deducere nolis*, etc.

L'interprétation étrangement compliquée et laborieuse d'Eisele ne cadre donc pas même avec le texte qu'elle prétend expliquer.

3° Si la créance du demandeur est *incerta*, quoiqu'ayant de l'argent pour objet, comment le juge pourra-t-il supposer qu'il a agi *cum compensatione* et réclamé la totalité de sa créance, lui faire subir *plus petitio* en un mot, alors que l'*intentio* de sa demande est *incerta ?*

Eisele dira-t-il que le rescrit ne s'appliquait qu'au cas où la demande portait sur un *certum ?* Mais, faire dépendre le droit du défendeur à la compensation de la question de savoir si la créance du demandeur est fixe ou non, ce serait vraiment bien peu équitable. On comprend que les qualités de la créance du défendeur puissent influer sur son droit à la compensation, mais non pas les qualités de la créance du demandeur.

4° L'exception de dol n'étant pas insérée dans la formule lorsque le demandeur refuse de compenser ou de déduire, comment le juge sera-t-il informé de ce refus, et de l'obligation qui lui incombe de juger comme si c'était l'action *cum compensatione* qu'on intentait?

5° D'après les principes généraux, l'influence d'une exception de dol ne peut se traduire que de trois manières : ou par l'acquiescement du demandeur qui admet

l'exception, ou par le refus d'action, ou enfin par l'insertion de cette exception. Or, Eisele attribue ici à l'exception un quatrième effet, dont il n'existe aucune trace dans les sources.

6° Nous avons déjà fait remarquer qu'il est impossible d'admettre qu'à une époque où les rescrits n'avaient d'autre but que d'interpréter le droit existant, Marc-Aurèle se soit permis de le modifier si profondément au fond.

Mais le procédé employé est plus invraisemblable encore que l'acte même. Il s'agit ici, en effet, après avoir remis au juge une formule, de lui ordonner de la mettre dans sa poche et de statuer comme s'il en avait reçu une autre ; après lui avoir donné certaines instructions, d'ajouter : « tu n'en tiendras pas compte, et tu statueras comme si l'on t'avait donné des instructions toutes différentes ! »

Donc, bien que le livre d'Eisele, comme tout ce qu'il écrit d'ailleurs, soit une œuvre de la plus haute valeur, il faut avouer que son système sur le rescrit est peut-être le plus inadmissible de tous.

Voilà les principales explications où s'est exercée, en pure perte, l'ingéniosité des commentateurs.

Nous disons : en pure perte. S'ils n'avaient pas perdu de vue les constitutions de sursis que nous a révélées le texte de Macer, ils auraient compris que toute explication était superflue. La demande reconventionnelle suffit à tout, lorsqu'on lui donne le pouvoir d'arrêter toute exécution par le demandeur. Les deux sentences rendues, les deux créances reconnues, liquidées en argent, la compensation s'impose et se fait le plus aisément du monde. Le créancier de la plus forte somme ne peut sans dol s'y refuser.

Ici, comme dans plus d'un autre exemple, la légèreté et l'ignorance des compilateurs sont les causes qui ont encombré pendant trop longtemps la littérature juridique de discussions parfaitement oiseuses; puissent tous les systèmes suscités par la phrase des Institutes avoir été ici exposés pour la dernière fois! Nous l'avons fait par acquit de conscience, car en vérité, ils ne reposent sur rien.

CHAPITRE VII

LES RÉFORMES DE JUSTINIEN

Section I. — Coup d'œil général sur les réformes ; exégèse de la L. 14, C. h. t.

1. Résumé de la législation antérieure. La compensation trop favorisée. Abus des demandes reconventionnelles *in extremis*. — 2. C'est pour remédier à cet abus que Justinien exigea la liquidité de la créance opposée en compensation. Remarques exégétiques sur la L. 14 C. h. t. — 3. Analyse de cette constitution dans les Institutes, IV, 6, § 30. Remarques exégétiques.

1. — La législation résultant des constitutions de sursis et du rescrit de Marc-Aurèle aboutissait à créer au profit du débiteur, qui se trouvait en même temps créancier, un véritable droit de rétention sur sa dette, pour se payer de sa créance, et cela, quel que fût l'objet des deux dettes. En effet, le débiteur actionné intentait une *mutua petitio*, ce qui arrêtait, comme on l'a vu, toute exécution de la créance principale. Les deux dettes une fois converties en argent, le juge-magistrat de la procédure extraordinaire opérait la soustraction, et la rétention se transformait en compensation.

C'est cette *mutua petitio*, considérée dans ses résultats, que les textes appellent *la compensation*.

Partie du droit strict, notre institution a dès lors accom-

pli, dans la direction de l'équité, un mouvement fort étendu. Elle a même dépassé la juste mesure et, par une réaction nécessaire, elle va maintenant opérer une oscillation en sens inverse, du côté du droit strict. C'est qu'en effet, on était allé trop loin, et qu'on avait ouvert la porte toute grande à la chicane. On lui donnait une prime, en admettant que la demande reconventionnelle, même basée sur la créance la plus douteuse, la moins liquide, aurait pour effet de paralyser, jusqu'à ce qu'elle eût été jugée, l'exécution des engagements les moins contestables.

Sous le régime formulaire, des abus se produisaient déjà sans doute, et cependant, pour que la demande reconventionnelle produisît son effet de sursis, il fallait qu'elle fût portée devant le juge saisi de la demande principale. Par conséquent, il fallait qu'elle fût intentée en même temps que celle-ci ; c'est à cette condition que les deux formules, rédigées en même temps, étaient renvoyées à l'examen du même juge. Passé ce moment, il eût certainement dépendu de l'appréciation du Préteur de renvoyer l'action du défendeur devant un autre juge (1), et de déjouer ainsi toute manœuvre moratoire ; tandis que, lorsque la riposte du défendeur était immédiate, l'ensemble des textes indique qu'il avait une sorte de droit acquis à être renvoyé devant le même juge.

Mais, sous la procédure extraordinaire, l'inconvénient s'aggrava. Comme, pendant toute la durée de la procédure, on est devant un magistrat, jusqu'au dernier moment du procès rien n'empêche le défendeur de former une demande reconventionnelle. Selon toute probabilité, il le pouvait, alors même que ce magistrat eût été incompétent pour en connaître, si elle avait été formée comme demande principale (2).

(1) *Sic* Dernburg, p. 248, note 3.
(2) Voyez plus haut, chapitre IV, §§ 3 et 4, p. 230 à 236.

En vertu des constitutions que l'on sait, voilà le magistrat obligé de surseoir au jugement sur l'action principale — car à quoi bon prononcer une sentence qui ne pourrait être mise à exécution? — jusqu'à l'examen de la prétention reconventionnelle, souvent obscure et compliquée.

Allons plus loin : il est enfin parvenu à reconnaître qu'il n'y a là qu'une mauvaise chicane; qui empêche le défendeur de recommencer le même jeu avec une nouvelle demande reconventionnelle?

Ces inconvénients, c'est Justinien lui-même qui nous les signale; il nous peint les abus de la demande reconventionnelle *in extremis;* c'est pour y remédier qu'il exige la liquidité de la créance reconventionnelle, dans la celèbre constitution qui forme la L. 14 au Code *De compensationibus*, et que nous allons étudier maintenant.

2. — L. 14, C. *De compensationibus*, 4, 31. Imp. Justinianus A. Johanni, p. p. :

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — § *1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quæ jam pæne convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam, jam pæne expeditam, sententia terminali componant, excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec com-*

pensationi locum esse disposuimus. — § 2. *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.*

D. K. Nov. Constantinopoli, post cons. Lampadii et Orestis, vv. cc. (a. 531).

« Nous voulons que la compensation résulte de plein droit de toutes les actions, sans distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. — § 1. Toutefois, nous voulons que la compensation ne soit opposée, que si la cause en est claire et non entourée de beaucoup de difficultés, mais qu'au contraire, le juge puisse facilement en venir à bout. En effet, il est déplorable, après des luttes multiples et variées, alors qu'enfin la preuve est faite, de voir la partie adverse, qui est déjà presque convaincue, opposer la compensation, et l'espoir de la condamnation échapper au demandeur, par suite de manœuvres moratoires. Ainsi, que les juges y fassent attention, et qu'ils ne se montrent pas trop enclins à admettre des compensations, qu'ils ne les reçoivent pas avec trop de facilité, mais qu'au contraire, statuant rigoureusement, s'ils voient qu'elles exigent une instruction trop difficile et trop longue, qu'ils les réservent pour une autre instance, et qu'ils tranchent par une sentence définitive le premier procès, déjà presque terminé; sauf dans l'action de dépôt, dans laquelle, par notre constitution (1), nous avons décidé que la compensation n'aurait pas lieu. — § 2. La compensation est aussi refusée à ceux qui ont usurpé injustement la possession d'autrui. »

Cette constitution appelle tout d'abord quelques remarques exégétiques.

En premier lieu, que signifie l'expression : *ex omnibus actionibus ?*

(1) L. 11, C. *Depositi*, 4, 34.

Il ne faudrait pas croire que ces mots désignent les créances *opposées* en compensation. Car, comme le remarque avec raison Eisele (1), où serait alors l'innovation ? Par exemple, prenons les actions réelles (au cas bien entendu où elles aboutissent à des dommages-intérêts) ; on pouvait déjà les opposer en compensation avant notre constitution, sans quoi Justinien n'aurait pas eu à défendre, deux ans auparavant, de les opposer en compensation à l'action *depositi* (2).

Les mots : *ex omnibus actionibus* désignent donc les actions *auxquelles* on oppose la compensation, et depuis longtemps on les entend avec raison, comme s'il y avait: « *in omnibus actionibus* ». Mais pourquoi le rédacteur n'a-t-il pas écrit en effet : « *in omnibus actionibus* » ? Pourquoi a-t-il mis « *ex* » et non pas « *in* » qui semblait plus naturel ? C'est une question qu'on a rarement soulevée, dit Eisele et à laquelle on a, naturellement, plus rarement encore répondu.

Je ne crois pas qu'Eisele lui-même, ait trouvé la vraie réponse, qui est, à mon gré, bien simple (3).

(1) Eisele, p. 204.

(2) L. 11, C. *Depositi*, 4, 34 :... *Nullamque compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias prætendens...*

(3) Pour comprendre l'explication assez compliquée d'Eisele, il faut se rappeler que, selon lui, depuis Marc-Aurèle, le demandeur à qui on opposait la compensation dans une action de droit strict, devait opérer lui-même la soustraction et ne réclamer que le solde, comme un *argentarius*. C'était là, dit Eisele, une compensation qui se produisait *in actione* dans le sens rigoureux de ces mots, puisque le demandeur la faisait *en agissant*, et cette façon de compenser a subsisté jusqu'à Justinien, qui abroge ici ce procédé et qui dès lors devait éviter de se servir de l'expression : *compensare in actione, in actionibus*.

Comme le système d'Eisele sur la compensation depuis Marc-Aurèle dans les actions de droit strict, exposé au chapitre précédent, § 19, ne saurait être admis, nous ne nous arrêterons pas à cette explication, d'ailleurs bien forcée, bien tirée par les cheveux, qu'on nous passe l'expression.

Ex marque l'extraction, la provenance, la matière dont une chose est faite : *natus ex Jove*, *redeo ex Gallia*, *vas ex auro*, comme dit le rudiment. La compensation se tire de l'action, elle en sort, elle en résulte. Eh bien ! elle pourra résulter, ressortir de toutes les actions; toutes les actions, fussent-elles réelles, pourront produire une compensation. En d'autres termes, la *compensation reste judiciaire* : c'est de l'*action* qu'elle résulte, et elle résultera désormais de toutes les actions : *ex omnibus actionibus*.

En revanche, nous empruntons à Eisele une seconde remarque aussi ingénieuse que juste sur la phrase : « *nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda* ». Evidemment la construction exigerait : *personalium actionum*. Probablement la constitution a d'abord été écrite en grec, puis traduite en latin. Dans le grec, l'expression correspondante à « *nulla differentia* » formait un *génitif absolu*, que le traducteur a correctement rendu par l'ablatif absolu du latin. L'expression correspondante à : « *personalibus actionibus* » était dans le grec au génitif, et devait être aussi au génitif dans le latin ; mais le traducteur distrait et pressé, a rendu ce second génitif, comme le premier, par l'ablatif latin, bien que ce second génitif ne fût pas un génitif absolu (1).

(1) La constitution entre tout de suite en matière, ce qui est insolite pour une constitution de Justinien, dit Brinz (p. 52). Il a conjecturé qu'elle devait avoir une préface expliquant la nature de ces compensations, résultant tantôt d'actions réelles, tantôt d'actions personnelles. Mais alors on ne voit pas pourquoi on l'aurait supprimée. Eisele suppose que Justinien y exposait comment la compensation s'opérait antérieurement. Justinien aime, dit-il, ces préfaces historiques. Plus tard (sans doute lors de la 2e édition du Code) il aurait préféré ne pas laisser parvenir à la postérité la connaissance de ces manières de compenser.

Ces conjectures me paraissent dénuées de tout fondement. Bien des constitutions de Justinien n'ont pas de préface et se jettent tout de suite *in medias res*, par exemple celle que nous venons de citer, la L. 11, C. *Depositi*, 4, 34. Enfin, on peut douter que les compilateurs connussent l'histoire de la compensation assez bien pour la retracer.

3. — Il faut rapprocher de la L. 14, C. h. t., le passage des Institutes où les compilateurs résument les réformes de Justinien; IV, 6, § 30 :

Sed nostra constitutio eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne, sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

« Mais notre constitution a élargi l'admission des compensations qui s'appuient sur un droit évident, de telle sorte qu'elles diminuent de plein droit les actions réelles, personnelles, ou toutes autres, excepté la seule action de dépôt, à laquelle nous avons cru qu'il serait trop scandaleux d'opposer quoique ce soit en compensation, de peur que, sous prétexte de compensation, on ne soit privé de la restitution de la chose déposée. »

En fait de remarques exégétiques, nous n'avons qu'à rappeler l'observation déjà faite (1) au sujet des mots : *sive alias quascumque.* Toutes les actions sont nécessairement personnelles ou réelles, c'est là la *summa divisio* posée par les compilateurs eux-mêmes au début du titre *de actionibus*; parler d'autres actions, c'est comme si, après avoir parlé des hommes et des femmes, on ajoutait : « ou les autres personnes d'un sexe quelconque ».

S'ils l'avaient fait, on ne voit pas d'ailleurs pourquoi plus tard on aurait supprimé cet historique.

(1) Plus haut, chapitre 1, § 15, *in fine*, p. 49.

Section II. — Extension de la compensation aux actions réelles. Liquidité exigée.

4. Réformes de la L. 14 C. h. t.: a). Extension de la compensation aux actions réelles. Portée de cette innovation : il ne pouvait pas autrefois être question de compensation dans les actions réelles. — 5. b). La liquidité est exigée, pour la créance reconventionnelle seulement, bien entendu; critique du Code civil qui exige la liquidité des deux créances. La liquidité est exigée dans tous les cas, même si le défendeur oppose la compensation *in limine litis*, et même si la créance compensable naît *ex eadem causa*. De là résulte que les constitutions de sursis sont abrogées lorsque la créance reconventionnelle n'est pas liquide.

4. — Jetons maintenant un coup d'œil sur les réformes que renferme cette constitution.

a) Et d'abord la compensation est introduite dans les actions réelles. On peut, sur une action réelle, opposer avec succès la compensation. Quelle est la portée de cette règle ?

Chose étrange ! il s'est trouvé des commentateurs (1) pour soutenir que si, par exemple, Primus devait 20.000 à Secundus et que Secundus fût possesseur d'une maison

(1) M. Desjardins, p. 156. Dans le même sens, Lair p. 89 ; v. Vangerow, etc. L'opinion de Cujas, citée en leur sens par ces auteurs, est obscure. Il dit : Obs. XV, 12, que ce qui est dû au justus possessor, « *rem ipso jure minuit quæ petitur* » ce qui impliquerait une expropriation partielle du demandeur en revendication, au profit du défendeur son créancier. Veut-il au contraire qu'on évalue en argent la valeur de la chose revendiquée, pour en retrancher la créance du défendeur et le condamner à la différence, ce qui implique une expropriation totale du demandeur ? On serait tenté d'interpréter en ce sens ce qu'il dit dans son commentaire sur Code 4, 31 : *Corporis cum corpore non fit compensatio, licet enim de corporibus agitur, dicitur, sed improprie, compensationi locum esse. Id enim agitur, rebus ad æstimationem redactis ; æstimatione ultro citroque concurrentes quantitates compensantur.*

Le passage de M. Desjardins est obscurci par quelques *lapsus calami*, néanmoins la pensée se dégage sans équivoque possible.

appartenant à Primus et valant aussi 20.000, la compensation se produirait et Primus serait débouté de sa revendication !

Il n'y aurait d'exception qu'au cas de spoliation, aux termes du § 2 de la constitution. Il n'est pas permis de s'emparer du bien de son débiteur, pour lui opposer ensuite la compensation, mais si l'on se trouve débiteur à un titre quelconque (sauf celui de dépôt) d'une chose lui appartenant, on peut profiter de la situation, et s'il ne peut vous payer, l'exproprier ainsi pour cause d'agrément privé, moyennant une indemnité fixée par le juge !

Voilà une doctrine déjà bien choquante. Mais quelle solution donnera-t-on si la maison vaut 40.000, la dette restant de 20.000 ? Fera-t-on la compensation jusqu'à concurrence de la moitié de la maison, et déclarera-t-on les deux plaideurs copropriétaires ? Et si le demandeur ne doit que 1000, lui rendra-t-on les 39 quarantièmes de sa maison en attribuant le quarantième restant au défendeur. Ce serait absurde (1). Ou bien, pour la dette la plus infime, expropriera-t-on le demandeur de la totalité de son immeuble ? Car enfin, on a beau dire qu'il évite l'inconvénient en payant sa dette, il faut encore qu'il ait de l'argent ; et puis cette dette, il la conteste, peut-être à tort ; mais s'il persiste dans son erreur jusqu'à la fin du procès, va-t-on pour cela l'exproprier de son bien ?

On a dit qu'il n'y a rien de si absurde qui n'ait été soutenu par quelque philosophe. L'étude des théories sur

(1) *Etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam*, dit Ulpien (L. 5, § 2, D. *De impensis*, 25,1), en parlant de la dot, diminuée pourtant *ipso jure* par les impenses nécessaires. Encore, dans ce cas, la femme est-elle seulement créancière de la restitution du fonds dotal, tandis que dans l'hypothèse prévue au texte le demandeur est propriétaire. Une diminution de son droit serait encore bien plus absurde.

la compensation est faite pour persuader que le droit n'a, sur ce point, rien à envier à la philosophie.

M. Gide, appréciant cette théorie, disait avec raison qu'il fallait repousser cette monstrueuse anomalie d'une compensation qui aurait pour résultat, non plus une extinction de créance, mais une translation de propriété et une aliénation forcée (1) !

Justinien suppose évidemment que le demandeur en revendication obtient des condamnations pécuniaires, ce qui arrive lorsque le défendeur de mauvaise foi a consommé des fruits, ou a négligé d'en percevoir, ou enfin a déterioré la chose. Sous Justinien, à la différence de ce qui avait lieu dans l'ancien droit, la revendication comprend toutes ces prestations personnelles, et il rentre dans l'office du juge de l'action réelle de prononcer des condamnations à tous ces points de vue (2). On comprend dès lors que la compensation puisse être opposée désormais dans une action réelle, non pas à coup sûr pour empêcher la restitution intégrale de la chose réclamée, mais pour diminuer, ou même réduire à rien, les condamnations accessoires. Rien n'empêche même le demandeur d'être reconventionnellement condamné envers le défendeur, si la créance de ce dernier est plus forte, puisque sous Justinien le demandeur, lui aussi, peut être condamné; mais cette condamnation ne créera au profit du

(1) Rapport sur le concours de la Faculté de droit de Paris, 1860 et 1861, cité par Desjardins p. 155. Ce dernier, ainsi que M. Lair, a persisté cependant dans cette doctrine, si énergiquement condamnée. Le Brachylogus, III, 18, § 7, cité par Eisele p. 326, disait déjà : *Contra in rem tamen actionem* (c'est-à-dire en tant qu'elle a pour objet la restitution de la chose) *nulla admittitur compensatio, ne invitus quis rem suam cogatur vendere.* On sait que le Brachylogus a été très probablement composé à Orléans entre le XIe et le XIIe siècle. Voyez Fitting, *Ueber die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus*, 1880.

(2) Inst. IV, 17, § 2.

défendeur aucun droit de rétention sur la chose réclamée par l'action réelle.

Sous l'ancien droit, au contraire, les prestations personnelles dues par le possesseur lui étaient réclamées par une action distincte (1). La revendication était restreinte à la chose même et aux fruits extants.

De là résulte qu'il ne pouvait pas, à l'époque classique, être question de compensation dans les actions réelles.

Si le défendeur avait fait des impenses sur la chose même, il pouvait sans doute opposer l'exception de dol pour en obtenir le remboursement.

Il le pouvait, d'une manière générale, toutes les fois que la législation reconnaissait au défendeur un droit de rétention pour garantie de sa créance, c'est-à-dire lorsqu'il y avait *debitum cum re junctum*, mais non autrement. Il y a dol de la part d'un propriétaire qui réclame la restitution de sa chose, sans tenir compte des impenses faites par un possesseur de bonne foi, car ce propriétaire veut alors s'enrichir injustement au détriment du possesseur. Mais, quand il revendique sa chose contre un individu dont il est débiteur par ailleurs, il ne commet aucun dol ; cette créance reste au défendeur, qui peut la faire valoir par les voies de droit. En restituant la chose d'autrui qu'il détient indûment, le défendeur ne restitue pas plus que le demandeur ne doit recevoir, et ce dernier ne cherche pas à s'enrichir injustement ; donc l'exception de dol est inopérante.

Enfin, il n'existe pas un seul texte prévoyant le cas où une créance non connexe serait opposée à une action réelle (2).

(1) L. 3, C. *De condictione ex lege*, 4, 9 : *Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus vindicatione, de consumptis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.* Dioclétien, 302.

(2) M. Desjardins, p. 87, réfute les arguments qu'on prétendrait tirer d'un certain nombre de textes relatifs à la pétition d'hérédité. D'abord

Le défendeur aurait-il eu la ressource d'intenter ici une *mutua petitio ?* Sans doute. Mais il est permis de douter que les constitutions impériales — qui surseoient à l'exécution de la sentence rendue au profit du demandeur jusqu'au jugement de la demande reconventionnelle — aient été applicables ici.

Supposons le sursis applicable ; il n'améliorerait pas la position du défendeur. Le demandeur obtiendra un *arbitrium* ordonnant au défendeur de restituer, puis, à défaut d'obéissance, une condamnation pécuniaire. Sans doute il ne pourra, par suite du sursis, la faire exécuter avant le jugement de la demande reconventionnelle ; mais le défendeur n'osera pas désobéir à l'*arbitrium*, ce serait s'exposer à être condamné à d'énormes dommages-intérêts, fixés sur le serment du demandeur : on sait que telle est la peine de la désobéissance à l'*arbitrium* (1).

Il y a mieux. Le demandeur, dans les actions réelles, reçoit la caution *judicatum solvi*. Au lieu de faire exécu-

les L. L. 95, § 8, D. *De sol.*, 46, 3 et 21, § 2, D. *De inoff.*, 5, 2, n'ont pas le moindre rapport avec notre question. Elles disent seulement que le possesseur d'hérédité évincé par l'héritier, l'institué évincé par la *querela*, conservent leurs créances, qui n'ont pu être éteintes par la confusion, et peuvent les faire valoir, soit en intentant une action, soit en opposant la compensation, non pas à la pétition d'hérédité, mais à une autre action qui serait dirigée contre eux, comme le prouvent les expressions : *evicta hereditate*.

Dans la L. 31, §§ 1 et 2, D. *De her. pet.*, 5, 3, il s'agit seulement de savoir si le possesseur de l'hérédité, créancier de l'hérédité, doit être considéré comme s'étant payé lui-même ? Le texte dit oui pour le possesseur de bonne foi, car on ne doit lui demander que son enrichissement : or, en se payant lui-même, il ne s'est pas enrichi. Le possesseur de mauvaise foi n'est pas considéré comme s'étant payé lui-même, voilà la différence. Mais il n'est pas question de compensation. Si elle avait été possible dans l'action en pétition d'hérédité, il aurait fallu quelque disposition spéciale pour en refuser le bénéfice au possesseur de mauvaise foi.

Quant aux impenses faites par le possesseur, (L. 38 et L. 58, D. *eodem*), la question est la même que dans le cas de revendication.

(1) L. 68, D. *De reivind.*, 6, 1.

ter la sentence contre le débiteur, il la ferait exécuter contre les cautions. Qu'on ne vienne pas dire que les cautions pourraient lui opposer la compensation du chef du débiteur ; c'est là une solution spéciale à la formule de l'argentarius (voyez chapitre III, nos 18 et 19). Quand on n'a que la *mutua petitio* pour obtenir la compensation, il faut, bien entendu, être personnellement créancier de son créancier, sans cela on ne peut intenter contre lui de *mutua petitio!* Or, le fidéjusseur du débiteur n'est pas créancier du créancier.

On voit que la compensation ne se comprenait pas dans les actions réelles, quel que fût le procédé.

C'est aussi à cause du caractère arbitraire de l'action *depositi* que la compensation n'y était pas admise (1), ce qui n'exclut nullement, à l'époque classique, le droit de rétention exercé pour cause d'impenses (2). Si le dépositaire a fait des impenses, l'*arbitrium* du juge n'ordonnera la restitution qu'après remboursement des impenses. Que si le depositaire est créancier par ailleurs, il peut sans doute intenter une *mutua petitio*, mais le sursis à l'exécution de la sentence principale ne lui éviterait pas l'infamie qu'il encourra s'il n'exécute pas l'*arbitrium*. Il faudra donc bien qu'il restitue (3).

En tout cas, depuis que l'*arbitrium* du juge est exécutoire *manu militari*, c'est-à-dire probablement depuis la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure formulaire, il est clair que la restitution de la chose ordonnée par le juge ne pouvait être différée sous prétexte d'une demande reconventionnelle non encore jugée. C'eût été exercer un droit de rétention que les textes limitent au

(1) Paul Sent., II, 12, § 12 : *In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.*

(2) *Lex Dei*, X, 2, § 6. Comp. L. 15, § 2, D. *De furtis*, 47, 2.

(3) Pour le développement de ces idées, voyez *infra*, § 17.

cas où le demandeur refuse à tort de rembourser des impenses faites sur la chose.

Ainsi l'introduction de la compensation dans les actions réelles est bien due à Justinien.

Quelle en est au juste la portée ? Pour résumer notre pensée, nous empruntons quelques lignes à la plume concise et claire de M. Accarias (1) :

« Quand une compensation proprement dite sera possible, il la fera ; quand elle sera impossible, il prononcera deux condamnations. » Le savant auteur ajoute :

« Ainsi entendue, l'innovation de Justinien se réduit à bien peu de chose, c'est l'ancienne pratique des *mutuæ petitiones*, avec cette différence que le défendeur fait valoir son droit par voie de défense à l'action principale, au lieu de former une demande parallèle à celle dirigée contre lui. »

On a vu, toutefois, par ce qui précède que l'innovation est un peu plus étendue : la *mutua petitio*, ou n'était pas admise autrefois dans les actions réelles, ou n'y produisait pas l'effet de sursis qui lui donne tant d'importance.

5. — La Constitution renferme une autre réforme, capitale celle-là, et destinée à supprimer le grave inconvénient qui se produisait auparavant : le défendeur pouvait, en opposant en compensation des créances imaginaires, retarder longtemps l'issue du procès. Jusqu'au dernier moment, il pouvait ainsi remettre tout en question, et forcer le juge à un examen aussi long que frustratoire. Pour couper court à cet abus, l'empereur décide que la créance opposée en compensation devra désormais être claire (*liquida*). Sur ce point, la L. 14, C. h. t. ne laisse rien à désirer comme clarté et précision, qualités bien rares dans les constitutions de Justinien. Il faut que la « *causa ex qua compensatur* » soit « *liquida* » c'est-

(1) T. II, p. 110.

à-dire claire, et non entourée de difficultés ; il faut que le juge puisse en constater aisément l'existence et le montant. On lui recommande de se montrer sévère à cet égard, et de renvoyer *ad separatum* toute demande reconventionnelle qui exigerait une instruction trop longue ou trop difficile. Sous la réserve de ces prescriptions rigoureuses, la question de liquidité, et par conséquent l'admission de la compensation, devient une question d'appréciation laissée à la sagesse des tribunaux. Notamment, il n'est nullement nécessaire que la créance reconventionnelle porte sur des choses fongibles de même espèce que la créance principale. Sans doute, si l'estimation de cette créance reconventionnelle est difficile ou longue à faire, la condition de liquidité pourra manquer, mais toutes les fois que la liquidation sera facile, la disparité des objets ne créera aucun obstacle à la compensation. C'est la fausse théorie de la compensation légale, qui a fait imaginer que la similitude des objets était exigée. Nous verrons bientôt, en effet, que cette théorie n'a point de fondement. Voyez plus bas nº 10.

Nous ne serons pas suspects d'une admiration systématique envers le législateur byzantin, lorsque nous dirons qu'après de longs tâtonnements cette disposition excellente résout aussi bien que possible le difficile problème que nous posions au début de ce livre, la conciliation harmonieuse du droit et de l'équité.

La liquidité n'étant exigée que pour arrêter la chicane, si le défendeur peut établir rapidement l'existence d'une créance qui réduirait fortement sa dette (quand bien même la fixation de son montant exact exigerait un certain temps), il nous semble que le juge devrait admettre la compensation, par mesure provisoire, jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Quant à la créance principale, celle à laquelle on

oppose la compensation, il importe peu, bien entendu, qu'elle soit ou non liquide.

L'exemple même que donne Justinien pour montrer les inconvénients du système antérieur, en fournirait la preuve, si le simple sens commun ne suffisait. Il suppose que la demande principale a suscité « *multa variaque certamina* », on n'est arrivé qu'avec peine à la vérifier, à la liquider, la lutte a été longue, le succès vivement disputé ; à cette créance enfin établie *(cum res jam fuerit approbata)* il importe qu'on ne puisse opposer en compensation des prétentions qui retarderaient indéfiniment l'œuvre de la justice : « *et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi* ».

Comment donc comprendre que notre Code ait pu exiger de la créance *à laquelle on oppose la compensation*, les qualités qui doivent être requises seulement dans la créance opposée (1) ?

La compensation est un avantage accordé au défendeur. Cet avantage, qui lui serait donné s'il était poursuivi en vertu d'une créance certaine et déterminée, doit-il lui être refusé, ou lui être accordé dans des conditions moins favorables (2), par suite d'imperfections dont est atteinte, non pas sa créance à lui, mais celle de son adversaire ?

Ne serait-ce pas là un véritable contre-sens juridique ?

Si la créance reconventionnelle seule doit être liquide, ou facilement liquidable, elle doit l'être dans tous les cas; la constitution ne distingue pas, elle recommande aux juges la sévérité d'une manière tout à fait générale, et les

(1) Art. 1291 : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, *et qui sont également liquides et exigibles*. »

(2) Par exemple, si la créance non liquide du demandeur est productive d'intérêts, les laissera-t-on courir malgré l'existence d'une créance liquide et exigible au profit du défendeur ?

distinctions, qu'ont voulu introduire ici quelques auteurs, n'ont pas le moindre fondement.

Quelques-uns ont soutenu que l'exigence de la liquidité ne s'appliquait pas lorsque le défendeur opposait la compensation *in limine litis* (1). A l'appui de cette idée, on invoque le passage où Justinien, pour justifier l'exigence de la liquidité, dépeint les inconvénients d'une compensation opposée au dernier moment, et remettant tout en question à l'instant où le procès va être tranché.

Ce motif ne peut plus être allégué lorsque le défendeur invoque la compensation au début du procès.

M. Desjardins, après v. Vangerow, réfute avec raison cette idée. Ce n'est pas pour restreindre l'exigence de la liquidité que l'empereur cite le cas de compensation opposée « *ab altera parte, quæ jam pæne convicta est* », c'est pour montrer combien l'application en est équitable.

Eisele (p. 201) soutient que l'exigence de la liquidité ne s'applique pas à la compensation *ex eadem causa* des actions de bonne foi.

Il faut savoir que, selon cet auteur, la troisième innovation de Justinien — la compensation s'opérant *ipso jure* — signifierait que la compensation pourra désormais être opposée *en tout état de cause*, tandis qu'auparavant elle devait, selon lui, être invoquée avant la litiscontestation.

Mais alors, dit Eisele, on va se heurter à des chicanes soulevées au dernier moment par le défendeur. L'exigence de la liquidité, deuxième réforme de Justinien, aurait ainsi pour but de parer aux inconvénients que devait faire naître la première réforme exprimée par les mots : « *ipso jure compensatur* ».

Elle devait donc, ajoute-t-il, avoir la même sphère

(1) Donneau, *De jure civili*, lib. XVI, c. 15, n° 14 ; Vinnius, *Selectæ juris quæstiones*, lib. I, cap. L. ; Krug, cités par Desjardins, p. 158. Eisele, p. 200, semble partager cet avis.

d'application que cette première réforme. Or, selon Eisele, de tout temps la compensation *ex eadem causa* avait eu lieu *ipso jure* dans les actions de bonne foi : la première innovation de Justinien ne s'y appliquait donc pas, et par suite la seconde, l'exigence de la liquidité, ne doit pas s'y appliquer non plus.

Enfin, dit Eisele, les Institutes nous disent que la constitution a eu pour but d'étendre la compensation ; ce serait la restreindre que d'exiger la liquidité dans les actions de bonne foi, où auparavant elle n'était pas requise.

Mais ce système est inadmissible pour bien des raisons :

1° Il pèche par la base : *ipso jure compensatur* ne signifie pas que désormais la compensation sera admise en tout état de cause, ainsi que nous le montrerons au numéro suivant.

2° La constitution exige la liquidité sans aucune distinction, et il n'est pas exact de dire qu'elle n'était pas requise autrefois dans les actions de bonne foi. Nous avons vu que le juge *pouvait* renvoyer *ad separatum* pour défaut de liquidité. Justinien décide qu'il le doit, et veut même qu'il se montre très sévère à cet égard.

3° Les mots des Institutes : « *Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit* », n'ont pas le sens que leur attribue Eisele. D'abord, ce qui reçoit extension, c'est la compensation des créances *liquides*, et non autres : « *quæ jure aperto nituntur* ». Ensuite, l'extension consiste en ce que la compensation opère *ipso jure ;* la phrase en question suit en effet celle où il est question de l'exception de dol, et lui fait antithèse. L'extension consiste encore en ce que la compensation est admise dans les actions réelles. Mais, au point de vue de la liquidité, il y a restriction évidente, quant aux créances susceptibles d'être opposées.

Observons enfin, avant d'abandonner ce point, que la L. 14, C. h. t. abroge implicitement (1) les constitutions qui défendaient de mettre à exécution la sentence rendue sur l'action principale avant le jugement de la demande reconventionnelle. En effet, lorsque la créance opposée en compensation n'est pas suffisamment liquide, Justinien enjoint au juge de terminer par une sentence définitive l'instance principale et de réserver la demande reconventionnelle pour une autre instance. Or, cela n'offrirait aucun avantage si l'on ne pouvait pas, en attendant, faire exécuter la sentence principale (2).

Dans notre droit, lorsque la créance opposée remplit les conditions requises pour la compensation légale, le juge doit naturellement l'admettre à diminuer la créance principale. Dans le cas contraire, il y a lieu à une demande reconventionnelle, laquelle tend à procurer une compensation légale. Mais jusqu'à quel point la demande reconventionnelle peut-elle retarder le jugement de la demande principale? Allons-nous retomber dans les abus que Justinien évite par l'exigence de la liquidité (3)?

On admet que les tribunaux ont sur ce point une liberté absolue d'appréciation.

C'est ce que constate un recueil récent (4) :

« Du reste, alors même que la demande reconventionnelle est régulièrement formée, les juges ne sont pas tenus d'une façon stricte d'en connaître, car aucun texte ne leur en fait une obligation. Le législateur, en s'abstenant d'édicter sur ce point des règles précises, paraît bien, au

(1) Du moins pour le cas où la demande reconventionnelle n'est pas liquide.

(2) Voyez ci-dessus chapitre IV, section II, n° 9, p. 249.

(3) On sait que, dans le dernier état du droit romain, compensation est pris dans le sens de *mutua petitio*. Voyez chapitre IV, n° 12, p. 259 et s., et plus bas, n°s 17-19.

(4) *Pandectes Françaises*, V° *Obligation*, n° 6104.

contraire, avoir entendu leur laisser un très large pouvoir d'appréciation. Il a trouvé sans doute plus sage et plus pratique de s'en rapporter à leur discernement et à leur équité, pour concilier, dans la mesure du possible, selon les circonstances de chaque espèce, l'intérêt du demandeur principal, dont les droits ne doivent pas être tenus en échec par une demande reconventionnelle qui entraînerait de longs retards, et l'intérêt du défendeur qu'il faut éviter de contraindre au paiement de sa dette, en le laissant exposé pour sa créance aux risques de l'insolvabilité de celui qui le poursuit. Discussion au Conseil d'Etat, Locré, t. 12, p. 184 et s.; Merlin, Répertoire, V° Compensation, § 11, n° 1 ; Toullier, t. 7, n°s 412 et s.; Larombière, t. 3, art. 1293, n° 20 ; Colmet de Santerre, t. 5, n° 251 *bis*, VIII ; Desjardins, pp. 497 et 501 ; Lair, p. 269 et s. ; Demolombe, t. 5, n° 690 ; Laurent, t. 18, n° 481 ; Garsonnet, t. 1, § 147, p. 628 et s. »

Section III. — La compensation ipso jure.

6. Diverses explications proposées pour les textes antérieurs à Justinien, qui contiennent ces expressions. Réfutation. Ces textes sont interpolés. — **7.** Il en est ainsi, notamment, de la L. 4, C. h. t. — Justinien est donc bien l'auteur de l'innovation. Preuves. — **8.** Sens de l'*ipso jure*. Observations générales. — **9.** Système de la compensation légale, arguments en sa faveur. *Condictio indebiti* (renvoi). Cessation du cours des intérêts; explication. Prétendue cessation de la demeure et de la peine, etc. — **10.** *Suite*. Réfutation de cette théorie. — **11.** *Suite*. C'est cependant ainsi que Théophile et d'autres compilateurs ont compris, bien à tort, l'*ipso jure* de la constitution. — **12.** Systèmes intermédiaires entre la théorie de la compensation légale et celle de la compensation judiciaire. Motifs de ces systèmes, leurs points communs. Systèmes d'Azon, de Donneau, de Brinz, de v. Scheurl, de Windscheid. — **13.** Compensation purement judiciaire. Systèmes d'Ubbelohde, de Desjardins. — **14.** Système d'Eisele. Selon cet auteur, *ipso jure* signifierait que la compensation est désormais admise en tout état de cause, tandis qu'auparavant elle aurait dû être proposée *in limine litis*. Réfutation. — **15.** Système généralement enseigné en France : *ipso jure* n'a point de

portée. — 16. Doctrine adoptée. La constitution est une de celles rendues pour diriger les compilateurs du Digeste dans leur travail. *L'ipso jure* constitue une instruction à leur adresse : on leur recommande par là d'effacer toute trace des anciens procédés de compensation. Inintelligence avec laquelle ils ont exécuté cette mission, en interpolant mécaniquement les textes.

6. — Enfin Justinien décide que la compensation doit s'effectuer *ipso jure* :

« *Compensationes... ipso jure fieri sancimus* » dit la L. 14, C. h. t.

« *Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit*, UT ACTIONES IPSO JURE MINUANT » disent les Institutes.

Ainsi Justinien se proclame l'auteur de l'innovation. Il est donc constant qu'avant lui la compensation ne se produisait pas *ipso jure*, que cette expression ne pouvait s'appliquer à aucun des procédés de compensation usités alors. Si elle se rencontre dans des textes classiques, elle y est nécessairement interpolée, sans qu'on ait besoin d'en faire la preuve pour chaque cas (1).

Dernburg (p. 308, note 1) n'admet pas l'interpolation. Rien de curieux comme le motif qu'il invoque : *Aber wozu eine Interpolation, wenn Justinian doch die Neuerung für sein Werk ausgab, wie Schlessinger annimt?* « A quoi bon l'interpolation si, comme le veut Schlessinger, Justinien s'est reconnu l'auteur de l'innovation ? » Eisele répond avec raison : Dernburg croit-il donc que les compilateurs n'ont interpolé que quand ils ont eu l'espoir de mystifier les lecteurs ? — C'est toujours le même point de vue, radicalement faux, qui consiste à considérer les interpolations comme des actes coupables, honteux, dont les compilateurs auraient soin de s'abstenir quand ils seraient exposés à être pris sur le fait !

(1) Voyez chapitre II, n° 13 *in fine*, pp. 81 et 82.

Aussi ne nous attarderons-nous pas à réfuter bien longuement les auteurs qui se sont creusé la cervelle pour expliquer, sans admettre l'interpolation des mots *ipso jure*, les quatre textes de l'époque classique qui comprennent cette expression (1).

Par exemple, Brinz (2) et v. Scheurl (3) ont cru que ces mots pouvaient désigner l'action *cum compensatione :* comme si *ipso jure* n'excluait pas complètement toute modification de la formule, faite dans le but d'amener la compensation !

Suivant Ruddorff (4) les mots *ipso jure*, dans les textes antérieurs à Justinien, signifieraient la compensation judiciaire, par opposition à la compensation conventionnelle. Encore une fois, comment pourrait-on désigner par cette expression l'ensemble des moyens par lesquels s'opérait alors la compensation judiciaire : rédaction spéciale de la formule, exception de dol, office du juge quand l'action est de bonne foi et que la créance reconventionnelle naît *ex eadem causa ?* Puis, jamais les textes n'opposent la compensation conventionnelle à la compensation judiciaire.

Enfin, à ce compte-là, Justinien n'aurait rien innové en décidant que la compensation aurait désormais lieu *ipso jure*.

D'autres auteurs ont admis que depuis Marc-Aurèle il s'était produit un changement dans la législation.

Mais d'abord il faut remarquer que Justinien aux Institutes ne nous signale pas cet anneau de la chaîne historique ; son exposé contiendrait donc une grave lacune. Mais passons.

De deux choses l'une : ou ce prétendu changement

(1) L. 4. C. h. t. — L. L. 4, 10 pr., et 21, D. h. t.
(2) Brinz, *op. cit.*, p. 101.
(3) V. Scheurl. *op. cit.*, p. 166.
(4) Note *o* sur les Pandectes de Puchta, 11e édition, § 290.

aurait concerné la procédure, ou bien il aurait touché le fond du droit.

Serait-ce un changement dans la procédure, changement survenu, bien entendu, avant l'abolition des formules, car les textes qui contiennent les mots *ipso jure* appartiennent encore à la période formulaire ?

Schwanert (1) a soutenu que, dès l'époque classique, il n'était plus besoin d'opposer la compensation avant la litiscontestation. Dans tous les cas, en tout état de cause, on aurait pu faire valoir la compensation devant le juge. Mais ce résultat est incompatible avec les principes les plus certains du système formulaire. De quel droit le juge, à qui le Préteur a dit : « *Si paret decem millia dare oportere, decem millia condemna* », irait-il diminuer la condamnation dont le magistrat lui a prescrit le chiffre?

S'agit-il d'un changement dans le fond du droit ?

On a soutenu que la compensation était, dès avant Justinien, dès l'époque classique, devenue légale, et que les deux créances s'éteignaient par leur coexistence. C'est la théorie du glossateur Martinus qui a passé dans notre Code civil. Mais, comme cela n'est pas vrai, même sous Justinien, ainsi que nous le verrons, *a fortiori* n'est-ce pas exact pour l'époque classique. Nous renvoyons donc aux développements que nous donnerons en parlant de la compensation dans le dernier état du droit romain.

Bornons-nous à rappeler ici que si le défendeur n'oppose pas sa créance en compensation, il la garde intacte, ce qui n'arriverait pas si elle avait été éteinte de plein droit (2), et que Papinien (3) oppose précisément la com-

(1) *Op. cit.*, p. 49.

(2) L. 1, § 4, D. *De contraria tutelæ*; 27,4, Ulpien : *Sic erit arbitrii ejus (tutoris) utrum compensare an petere velit sumptus.*

(3) L. 19, D. h. t.: *Obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio.*

pensation à l'extinction de la créance, loin de considérer la compensation comme un mode d'extinction.

Brinz et Windscheid (1) appliquent ici leurs explications de la compensation *ipso jure* sous Justinien. Mais, à ce compte cet empereur n'aurait rien innové à cet égard. Or, pour tout lecteur non prévenu, l'innovation est mieux qu'avouée, elle est proclamée par Justinien aux Institutes. Après avoir rappelé le rescrit de Marc-Aurèle, en vertu duquel, selon lui, la compensation avait lieu dans les actions de droit strict *exceptionis ope*, l'empereur ajoute : « *Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones* IPSO JURE *minuant...* » L'antithèse est flagrante. Mais était-il besoin de ce témoignage, lorsque la constitution en question débute par ces mots : Compensationes ex omnibus actionibus *ipso jure* fieri sancimus..?

Enfin, qu'on ne l'oublie pas, il suffirait qu'on arrivât à démontrer l'interpolation de *ipso jure* dans un seul des quatre textes classiques qui renferment ces mots (2), pour que l'innovation fût démontrée, si elle avait encore besoin de l'être.

Au surplus, nous reviendrons sur les systèmes de Brinz et de Windscheid en expliquant l'*ipso jure* sous Justinien. Voyez plus bas, n° 12, p. 470, 472 et s.

Selon Dernburg (3), ces mots voudraient dire que désormais la compensation constitue pour les parties un droit acquis, et ne dépend plus de la libre appréciation du juge. Ce serait là une doctrine qui se serait établie dès l'époque classique, mais après Marc-Aurèle.

(1) Brinz J.-B., *Noch einmal ipso jure compensari*, dans les *Jahrbüchern* de Bekker et Muther, I, 1857, p. 33. — Windscheid, *Pandectes*, 4me édition, § 348. Voyez plus bas, n° 12.

(2) Voyez plus haut, p. 431 n° 1.

(3) P. 309 et s.

Mais son système manque ici de clarté. Qu'entend-il par la libre appréciation du juge ? Ce ne peut pas être son caprice, car jamais, même dans les actions de bonne foi, la compensation n'a dépendu de l'arbitraire du juge, qui devait l'accueillir quand la bonne foi l'exigeait. Que si, par libre appréciation, il entend une appréciation conforme au droit, alors les parties avaient un droit acquis à cette appréciation, et l'on ne voit pas dès lors quel changement a pu se produire ici (1).

Enfin, si la compensation opérant *ipso jure* signifie qu'elle constitue un droit acquis pour celui qui l'invoque, alors on serait autorisé à dire du client de l'argentarius que la compensation s'opère pour lui *ipso jure*, puisqu'il y a certainement un droit acquis. Cependant nous savons qu'elle a lieu au moyen d'une formule spéciale. Enfin, tous les moyens de défense constituent des droits acquis au profit du défendeur. Dit-on pourtant qu'ils opèrent *ipso jure?* Non pas ! puisqu'au contraire un certain nombre agissent seulement *exceptionis ope !*

De tout cela résulte qu'*ipso jure*, dans les textes classiques, ne peut ni désigner les moyens connus par lesquels s'opérait la compensation avant et après Marc-Aurèle, ni

(1) Même la constitution de Justinien (L. 14, C. h. t.) n'enlève pas au juge son pouvoir d'appréciation dans les actions de bonne foi. L'empereur lui recommande seulement de se montrer très rigoureux sur la condition nouvelle de la liquidité.

Si nous considérons maintenant les actions de droit strict, l'opinion de Dernburg devient, pour le temps de Justinien, le contre-pied de la vérité. Avant cet empereur le juge n'avait aucun pouvoir d'appréciation qui lui permît de repousser la compensation ; elle se faisait dans tous les cas, parce que les constitutions impériales, que nous connaissons, empêchaient de mettre à exécution la sentence rendue sur la demande principale avant le jugement de la demande reconventionnelle, ce qui pratiquement aboutissait à imposer la compensation des créances non liquides. Ici donc Justinien donne au juge un pouvoir dont il ne jouissait pas auparavant, celui de rejeter la compensation opposée, et de rendre une sentence exécutoire sur la demande principale.

nous révéler un changement de législation entre Marc-Aurèle et Justinien.

Reste une seule hypothèse possible, l'interpolation, démontrée d'ailleurs *a priori* par le fait que Justinien s'est proclamé l'auteur de l'innovation.

Des quatre textes en question, trois ont été déjà expliqués (1), reste le texte du Code.

7. — La L. 4, C. h. t. est ainsi conçue : Imperator Alexander A. Flavio et Luciano :

Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit. D. XVII K. Oct. Alexandro A. III et Dione conss. A. 229.

« S'il appert que de l'argent soit dû réciproquement, la compensation doit être faite (ou se produire) de plein droit à titre de paiement, en se reportant à l'époque de la coexistence des deux dettes, du moins jusqu'à due concurrence, et les intérêts ne sont dus que pour la différence, si toutefois on a action pour les réclamer. »

La principale difficulté de ce texte réside dans les mots: *ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet.* Comment traduire : *compensationem haberi oportet?* En soi, cela signifierait : « la compensation doit être effectuée » mais on ne peut traduire ainsi à cause de l'*ipso jure* qui précède; ce qui est fait *ipso jure* n'est plus à faire.

D'un autre côté on ne peut pas traduire non plus par : « tenir compte de la compensation déjà opérée », car on

(1) L. 4, D. h. t., chapitre III, § 19, p. 140. — L. 10, pr. *eod.*, Chap. II, § 14, p. 82. — L. 21 *eodem*, Chap. III, § 14, p. 122 et s. Sur l'interpolation de ces quatre textes, voyez encore plus bas § 16, p. 488.

ne peut pas tenir compte *ipso jure*; on tient compte ou on ne tient pas compte; *ipso jure* n'aurait alors aucun sens.

Enfin, l'empereur ne peut avoir voulu, par cette phrase intraduisible, par ce véritable galimatias, proclamer que la compensation s'opérerait d'elle-même, par la force de la loi, car le même empereur, dans une constitution rendue moins de deux mois après, la L. 4 (1), s'appuie pour faire cesser le cours des intérêts sur l'*æquitas compensationis*. Donc il n'a pas pu auparavant ériger en principe de droit que les intérêts ne sont pas dus. Ils ne sont pas dus par suite de l'*æquitas*, et non pas *ipso jure*.

Pour écarter ces difficultés, Brinz (2) et v. Scheurl (3) ont essayé de relier *ipso jure* non pas à *compensationem haberi*, mais à *pro soluto* : le sens serait, non pas que la compensation doit être faite de plein droit, mais qu'elle doit, de plein droit, être considérée comme un paiement.

Mais alors il y aurait : « ipso jure *pro solutione* compensationem haberi oportet », et non pas : « *pro soluto.* »

Brinz le comprend fort bien, aussi propose-t-il de faire subir au texte trois retouches, oh ! bien légères : 1° Au lieu de *soluto*, lire *soluta*, se rapportant à *pecunia* sous-entendu; 2° mettre *compensatione* à la place de *compensationem*; 3° enfin ajouter *eam* après *compensatione*. On obtiendrait ainsi la phrase suivante :

*Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro solut*A *compensation*E EAM *haberi oportet...*

« L'argent doit être considéré comme ayant été payé *ipso jure* par l'effet de la compensation. »

(1) L. 5, C. h. t. *Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat cui debuisse te minorem quantitatem dicis, æquitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.* — La L. 4 est du 15 sept. 229, la L. 6 du 16 novembre 229, donc la L. 5 a dû être rendue dans l'intervalle.

(2) P. 22 et s.

(3) P. 170.

Mais toutes ces corrections ne suffisent pas encore pour faire un texte satisfaisant. Si tel eût été le sens du rescrit, l'empereur eût écrit, non pas : *ipso jure pro solut*A, mais : *pro ipso jure solut*A. Disons mieux il n'aurait écrit ni l'un ni l'autre, mais tout simplement : *pro solut*A *compensation*E EAM *haberi oportet ;* l'*ipso jure* n'ajoute rien à ce sens, il ne sert qu'à tout embrouiller.

Ubbelohde (1) évite cette difficulté d'une manière plus qu'ingénieuse. Il suppose que ce n'est pas *pro soluto* qui est expliqué par *ipso jure*, mais *ipso jure* qui serait expliqué par *pro soluto*. Alors le texte voudrait dire que la compensation doit avoir lieu : « *par analogie avec le paiement.* » C'est dommage qu'il n'y ait pas *pro solutione*, et que *ipso jure* ne signifie pas : « par analogie » !

Reste à admettre l'interpolation maladroite de *ipso jure*, par suite de la L. *ult.* C. h. t.

Cette interpolation se prouve : 1° Parce que *ipso jure* ne peut se relier d'une façon satisfaisante avec aucune partie du texte ; 2° Parce qu'on peut le supprimer sans rien changer à la portée pratique du texte, et sans que la signification en devienne le moins du monde incomplète ou douteuse.

D'ailleurs, le *pro soluto* doit être aussi retranché pour les mêmes motifs ; seulement nous aurons alors le devoir d'expliquer, avec Eisele, par suite de quelle circonstance ce *pro soluto* a été intercalé, car pour *ipso jure*, nous le savons déjà.

D'ailleurs, le texte entier porte la trace des retouches des compilateurs. Nous sommes en présence d'un rescrit de 229, c'est à-dire d'une année après le meurtre d'Ulpien, rescrit rédigé peut-être par Paul ou quelqu'autre jurisconsulte éminent du Conseil d'Alexandre Sévère ; nous som-

(1) P. 312.

mes en droit d'attendre une rédaction sobre, une pensée judicieuse.

Eh bien, à quoi sert la phrase : *utique quoad concurrent quantitates?*

Cela allait de soi, et était d'ailleurs exprimé immédiatement après par les mots ; *ejusque solius quod amplius apud alterum est, usuræ debentur.*

Voilà pour la forme :

Au fond maintenant, la phrase finale est puérile. Un rescrit d'Alexandre a-t-il pu dire : « Les intérêts du surplus *sont dus* (1), *si toutefois on peut les réclamer par voie d'action?* Que l'on puisse ou non intenter une action, cela importe peu : les intérêts peuvent être *dus* naturellement si, par exemple, ils ont été promis par simple pacte (2). Ils seront *dus,* bien qu'on ne puisse les réclamer par voie d'action.

On sait que les compilateurs ont la manie d'insérer des explications presque toujours inutiles, souvent maladroites (3).

Les intérêts du surplus seulement sont dus, disait Alexandre Sévère ; le compilateur a eu un scrupule : il est bon d'ajouter, a-t-il pensé, « pourvu que ces intérêts puissent être réclamés par voie d'action », car on ne peut *en principe,* opposer en compensation une créance qu'on ne saurait forcer son adversaire à payer. Le compilateur a d'ailleurs saisi avec empressement l'occasion de montrer sa science : des intérêts ne sont pas toujours exigibles par voie d'action, ils peuvent n'être dus que naturellement. Notre compilateur montre qu'il est ferré là-dessus.

« J'ai passé les déserts, mais nous n'y bûmes point. »

(1) *Usuræ debentur.*
(2) L. 40, D. *De reb. cred.*, 12,1, L. 3, C. *De usuris*, 3, 32.
(3) Eisele, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, R. A. XI, p. 1 à 30. — Henri Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 247 et s.

Voici quel était, selon Eisele, le texte original du rescrit (1).

Si constat pecuniam invicem deberi, compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur.

« S'il appert que de l'argent soit dû de part et d'autre, il faut opérer la compensation à partir du jour de la coexistence des deux dettes, et les intérêts ne sont dus que pour la différence. »

Voilà du moins un latin possible et une pensée claire ; rien n'est enlevé à la portée pratique du rescrit, et nous pouvons ici traduire : *compensationem haberi*, par son sens habituel : opérer la compensation.

D'après Eisele, la disposition capitale du rescrit, c'est celle qui prescrit de se reporter au temps de la coexistence des deux dettes pour fixer le solde, qui seul portera désormais intérêt. Il trouve que le rescrit de Septime Sévère rapporté dans la L. 11, D. h. t., n'avait pas indiqué nettement l'époque où l'on devait se reporter pour faire ce calcul. Mais il me semble qu'on ne pouvait pas s'y tromper (2).

Revenons à l'*ipso jure*, qu'il faut restituer à Justinien. La glose n'a pas hésité à lui attribuer l'innovation (3).

Comme les glossateurs ne regardaient pas les textes au point de vue historique, mais uniquement comme partie intégrante de la législation de Justinien, ils ne se sont aucunement préoccupés du fait que les mots *ipso jure* se

(1) Eisele, p. 136.

(2) Voyez ce texte plus haut, chapitre II, § 15, p. 85.

(3) *Casus*, sur Inst. IV, 6, § 30 : *Sed in actionibus stricti juris, non potest habere locum compensatio, nisi opposita doli mali exceptione, et hoc erat inductum ex Constitutione divi Pii, sed nostra Constitutio (dicit Imperator) induxit eamdem compensationem* IPSO JURE *tam in stricti juris judiciis quam im bonæ fidei.*

rencontrent dans des textes de l'époque classique. C'est un indice qui montre clairement à quel résultat on arrive quand on lit sans prévention le texte des Institutes. Bethman-Holweg (1), qui n'admet pas l'interpolation d'*ipso jure* dans les textes antérieurs, confesse cependant qu'un lecteur non prévenu doit conclure, du témoignage des Institutes, que l'introduction de la compensation *ipso jure* doit être attribuée à Justinien.

Bien que, parmi les anciens auteurs, plus d'un ait soupçonné l'interpolation, parmi les modernes Schlessinger est le seul qui, en Allemagne avant Eisele, se soit prononcé en ce sens (2). Lenel (3) admet que la L. 4 et la L. 21, D. h. t., ont été retouchées par les compilateurs.

Ce qui explique qu'un certain nombre d'auteurs aient cru à une compensation *ipso jure* avant Justinien, c'est que les textes classiques consacrent deux solutions qui semblent cadrer merveilleusement avec la compensation se réalisant *ipso jure :* je veux parler de la cessation du cours des intérêts et de la *condictio indebiti* accordée à celui qui a payé, pouvant compenser. Nous avons vu ci-dessus, chapitre III, section II, n[os] 39 et s. (p. 188 et s.), que cette condictio se référait seulement à la *deductio du bonorum emptor*, et, quant à la cessation du cours des intérêts, nous l'expliquerons aux n[os] 9 et 10 du présent chapitre.

L'opinion dominante en Allemagne avant Eisele (4) restreignait les innovations de la constitution de Justinien à l'extension de la compensation aux actions réelles, et à l'exigence de la liquidité.

Il faut reconnaître que, pris isolément, les mots : « *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sanci-*

(1) P. 274.
(2) *Archiv. f. civ. Prax.*, t. 50, p. 144, note 17.
(3) *Palingenesia*, sur ces fragments.
(4) Dernburg, p. 358 ; Ubbelohde, p. 227.

mus », pourraient signifier que la compensation, qui dans certaines actions se serait déjà opérée *ipso jure*, s'effectuera désormais ainsi dans toutes. Mais d'abord, cette interprétation fait porter arbitrairement tout le sens de la phrase sur les mots « *ex omnibus actionibus* » et l'interprétation qui appuie sur « *ipso jure* » est au moins aussi naturelle. Puis, un coup d'œil jeté sur les Institutes montre qu'on n'aurait pas pu s'y exprimer comme on l'a fait si l'innovation avait consisté dans l'extension de l'*ipso jure* aux actions réelles : on n'eût pas mis en tête des explications données, et par conséquent en relief, l'expression significative : *ut actiones ipso jure minuant ;* voilà le but que les Institutes attribuent à la constitution, et cette extension *(latius introduxit)* a lieu, ajoute Justinien, aussi bien dans les actions réelles que dans les personnelles : *sive in rem sint, sive personnales.* Enfin le texte oppose visiblement la réforme de Justinien au rescrit de Marc-Aurèle, et, par conséquent, toute modification extensive pendant l'époque intermédiaire se trouve exclue, non pas seulement par le silence du texte, ce qui ne serait pas assez probant, mais par une attribution expresse de l'innovation au profit exclusif de Justinien.

On objecte toutefois que Justinien n'a pas pu dire qu'il avait le premier introduit la compensation *ipso jure* dans toutes les actions, puisqu'elle existait déjà dans les actions de bonne foi.

Mais nous avons déjà montré (1) que la compensation n'avait pas lieu *ipso jure* même dans les actions de bonne foi. On peut *ipso jure*, c'est-à-dire sans modification de la formule, opposer ce moyen de défense, voilà la vérité, mais autre chose est dire que la compensation s'opère *ipso jure (ipso jure fieri sancimus)* et déclarer qu'on peut l'op-

(1) Chapitre II, § 13, p. 81.

poser *ipso jure*. Enfin, aux Institutes, Justinien ne pensait visiblement qu'aux actions de droit strict, puisque le passage en question suit immédiatement la phrase relative au rescrit de Marc-Aurèle : *Sed et in strictis judiciis, opposita doli mali exceptione... Sed nostra constitutio...* Par conséquent, l'objection tomberait, même si l'on admettait, contrairement à notre opinion, qu'on peut appliquer l'expression *ipso jure* à la compensation dans les actions de bonne foi.

8. — Demandons-nous maintenant quel est le sens de cet *ipso jure;* quel but a visé Justinien ?

Peu de questions de droit ont fait noircir plus de papier. Ubbelohde y a consacré tout un volume (1).

Ce serait allonger démesurément ce travail que d'étudier en détail toutes les opinions qui se sont fait jour. Nous nous contenterons donc d'un assez bref exposé, d'autant plus que cette exposition serait extrêmement fastidieuse, parce que tous ces systèmes, ou peu s'en faut, s'appuient sur des textes altérés ou mal compris.

L'interprétation de cet *ipso jure* se rattache étroitement à la question de savoir quelle était au juste, en droit romain, la nature de la compensation.

La réponse à cette question dépend de la solution que l'on donne à un autre problème : lorsque le défendeur invoque la compensation, que fait-il ? Se borne-t-il à présenter, à alléguer un moyen de défense, comme il alléguerait qu'il a payé, qu'on lui a fait remise de dette, que son obligation a été surprise par dol, etc. ? Ou bien, au contraire, y a-t-il là quelque chose d'autre et de plus grave qu'un moyen de défense allégué ? Sommes-nous en présence d'un acte de disposition portant sur sa créance, qu'il sacrifie ainsi, en déclarant qu'il y renonce, et qu'il

(1) Ueber den Satz : *Ipso jure compensatur*, Gœttingen, 1858.

entend donner, par cette renonciation, satisfaction à la demande de son adversaire ?

Allégation ou *disposition*, tel est le dilemme.

La première idée mène à la théorie de la compensation légale, s'opérant *sine facto hominis*, par le seul fait de la coexistence des deux dettes ;

La seconde aboutit au système de la compensation judiciaire, opérée par le juge, à la requête du défendeur.

9. — *Système de la compensation légale.* — Quand on considère l'ensemble des textes, on en trouve, même parmi ceux de l'époque classique, quelques-uns d'où il semble résulter, au premier abord, que la compensation s'opère en effet *sine facto hominis*, par le seul fait de la coexistence des deux dettes.

Mais on en trouve aussi qui sont absolument inconciliables avec ce système. Examinons brièvement les uns et les autres.

A. — Textes dont les solutions ont été invoquées à l'appui du système de la compensation légale :

a) Celui qui paye, pouvant compenser, a la condictio indebiti, *quasi indebito soluto* (1).

A coup sûr, les anciens commentateurs ne pouvaient pas se douter qu'il y avait eu sous la procédure formulaire une institution, la *deductio* du *bonorum emptor*, à laquelle se rapportaient, et par laquelle s'expliquaient les textes mal à propos conservés par les compilateurs du Digeste. Nous n'avons, sur ce point, qu'à renvoyer aux développements donnés ci-dessus, chapitre III, n°s 39 et s., p. 188 et s.

b) Le cours des intérêts est arrêté, lorsque l'une des deux dettes en produit seule, ou en produit à un taux plus élevé que l'autre, et cela à partir du jour où elles sont

(1) L. 10, § 1. D. h. t. — L. 30, D. *De condictione indebiti*, 12, 6.

devenues exigibles toutes les deux (1). Cette cessation du cours des intérêts s'explique à merveille dans le système de la compensation légale. Une dette éteinte n'en peut plus produire ; éteinte en partie, le surplus seul peut continuer à en donner.

Nous avons cru devoir expliquer par des motifs tirés du contrat de société la cessation du cours des intérêts, dans les cas des lois 11 et 12 D. h. t. Donnée d'abord dans le cas du contrat de société par une décision de Septime Sévère (2), la solution n'a pas tardé à être étendue. Nous la voyons appliquée à un cas de fidéicommis (3) par Alexandre Sévère; enfin, en 244, l'empereur Philippe la proclame comme un principe général (4) :

Ejus quantitatis, cujus petitionem ratio compensationis excludit, usuram non posse reposci manifestum est.

Il faut rendre compte de cette généralisation, qu'on ne peut plus expliquer par les caractères spéciaux du contrat de société.

D'ailleurs, les raisons que nous allons exposer suffiraient pour justifier la solution dans tous les cas, mais nous croyons qu'elle a pris naissance dans l'hypothèse extrêmement favorable d'une société.

Si la cessation du cours des intérêts résultait de l'extinction des deux dettes, et par conséquent de la nature même de la compensation, Ulpien (5) ne baserait pas la solution, comme il le fait, uniquement sur une constitution de Septime Sévère, c'est-à-dire sur une disposition de droit positif. Alexandre Sévère, de son côté, n'invoque-

(1) Voyez ci-dessus, numéro 7, et chapitre II, n° 15, p. 85 et s.; chapitre III, § 46, p. 210 et s.
(2) L. 11, D. h. t.
(3) L. 5, C. h. t. Voyez le numéro précédent.
(4) L. 7, C. *De solutionibus*, 8, 42 (43).
(5) Ou plutôt Paul, véritable auteur de la L. 11. Voyez chapitre II, § 15, p. 86.

rait pas non plus l'*æquitas compensationis* (1), si la cessation du cours des intérêts était une conséquence logique des principes de la compensation ; d'ailleurs, cette constitution ne dit pas que les intérêts cessent de courir, mais seulement qu'il ne faut plus les compter : *usurarum excludit computationem.*

Il s'agit ici d'une décision d'équité qui se justifie par les considérations suivantes :

On sait que l'offre de paiement, suivie de consignation, a pour effet de libérer le gage (2) et de faire cesser le cours des intérêts (3).

Or, la L. 12, C. h. t. (4) nous montre que l'offre de compenser faite par le débiteur (pourvu bien entendu qu'il offre en même temps la différence, si la créance qu'il invoque en compensation n'est pas suffisante pour contre-balancer sa dette) a pour effet de libérer le gage. On est autorisé à conclure de là, par analogie, que l'offre de compenser fera aussi cesser le cours des intérêts. Par conséquent, à partir du jour où un des créanciers aura déclaré à l'autre son intention de compenser, les intérêts cesseront de courir contre lui ; il n'est pas nécessaire que l'adversaire ait accepté cette offre, ou que la compensation ait été opérée en justice.

Mais il faudrait, semble-t-il, que la créance que l'on offre d'abandonner par compensation, égalât au moins celle de l'adversaire, ou que l'auteur de la proposition offrît en même temps réellement le surplus de sa dette, comme il doit le faire pour retirer son gage. Le créancier,

(1) L. 5, C. h. t.
(2) L. 8, C. *De distractione pignoris*, 8, 27 (28).
(3) L. 6, L. 19, C. *De usuris*. 4, 32.
(4) *Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas solvens, vel accipere creditore nolente offerens, et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.*

en effet, n'est pas tenu de recevoir un paiement partiel. Nous supposons bien entendu que les deux dettes portent sur des choses fongibles entre elles et payables au même lieu; sans quoi, offrir de compenser n'équivaudrait pas à des offres réelles de paiement suivies de consignation. Au contraire, si nous nous devons réciproquement 100 payables au même lieu, et que je déclare renoncer à ma créance, c'est absolument comme si je vous offrais réellement et que je consignasse, à votre refus, la somme due.

Selon les constitutions de Septime Sévère, d'Alexandre Sévère et de Philippe, tout cela n'est pas nécessaire ; il nous faut donc expliquer maintenant, non seulement pourquoi on ne requiert pas que l'un des créanciers ait déclaré vouloir compenser pour faire cesser les intérêts (à partir de cette déclaration seulement, bien entendu) mais encore pourquoi l'on exige pas non plus qu'il offre au même moment la différence.

Et d'abord, pourquoi se contente-t-on d'une déclaration faite pendant le procès, c'est-à-dire bien après le jour de la coexistence des deux dettes ?

Le voici :

Lorsqu'un individu, débiteur d'une créance qui porte des intérêts, acquiert contre son créancier une créance exigible non productive d'intérêts, ou en produisant à un taux moindre, il a un avantage si manifeste à déclarer qu'il entend compenser, qu'il y a toujours lieu de tenir pour faite cette déclaration, qui va de soi. Son adversaire serait mal venu à lui dire : « Vous ne m'aviez pas averti que vous vouliez compenser ! » Le débiteur répondrait : « Mais c'était par trop clair, cela allait sans dire ! »

Reste à expliquer pourquoi la cessation du cours des intérêts se produit, même au cas où la créance qui n'en produit pas est la plus faible, et sans que l'on soit obligé d'offrir la différence.

Ce résultat choque Eisele qui le trouve peu équitable. Il aboutit, selon lui, à forcer le créancier de la créance la plus forte, laquelle est productive d'intérêts, à recevoir un paiement partiel. Exemple : Primus a contre Secundus une créance de 500 productive d'intérêts et Secundus a contre Primus une créance de 100 non productive d'intérêts : à partir de la coexistence des deux dettes, Primus sera censé avoir accepté la compensation de sa créance jusqu'à concurrence des 100 qu'il devait à Secundus, et n'aura plus qu'une créance de 400 productive d'intérêts.

Cette interprétation de la volonté de Primus est tout à fait arbitraire, invraisemblable même, d'après Eisele, puisqu'elle aboutit à le contraindre à recevoir un paiement partiel, qu'il n'a aucunement accepté !

Mais il est facile de répondre à cette objection. Si Primus avait l'intention de conserver intacte sa créance de 500, pourquoi ne payait-il pas, dès l'échéance, sa dette de 100 ? En n'effectuant pas ce paiement, Primus autorise à croire qu'il admet la compensation jusqu'à concurrence de 100, et qu'il consent à ne plus toucher les intérêts que pour 400.

Il n'est donc pas nécessaire d'aller chercher le motif réel de la constitution dans l'*odium usurarum*, comme le fait Eisele (1).

Mais, sur un autre point, cet auteur fait une remarque fort exacte. C'est que très souvent, par suite d'un accord tacite des parties, la compensation n'aura pas lieu. Par exemple, il est certain que si j'ai fait un placement à intérêts chez un négociant (même en supposant que je puisse retirer mon capital à tout instant, et que par conséquent ma créance soit exigible) et que j'achète à ce négo-

(1) P. 279.

ciant des marchandises sans les payer tout de suite, bien que le prix en soit exigible comptant, le cours des intérêts de ma créance n'aura pas été suspendu pour un capital égal à ma dette. Il en sera de même toutes les fois que le terme, apposé à la créance productive d'intérêts, aura été stipulé au profit du créancier : la compensation n'a lieu qu'entre créances exigibles, et le débiteur ne peut rendre celle-ci exigible en renonçant au terme, puisque ce terme n'a pas été apposé ici dans son intérêt, mais dans celui du créancier (1).

Ainsi donc, la cessation du cours des intérêts n'est pas une conséquence de la nature même de la compensation, mais de considérations d'équité. De là résulte qu'on ne peut conclure de l'extinction de l'obligation de payer les intérêts à l'extinction de la dette du capital lui-même, et par conséqnent en tirer argument en faveur de la compensation légale.

c) On a aussi prétendu que, par suite de la coexistence des deux dettes, le débiteur qui se trouvait en demeure cessait de l'être lorsqu'il devenait créancier de son créancier. De là l'on a conclu que les deux créances ont un certain effet l'une sur l'autre par le seul fait de leur coexistence. Dans la théorie de la compensation légale, cet effet c'est leur extinction réciproque jusqu'à due concurrence.

Mais cet effet se produit-il réellement, ou bien n'existe-t-il que dans l'imagination des commentateurs ? C'est en ce dernier sens qu'il faut se décider. Les textes sont absolument muets sur ce résultat.

A la vérité, on a invoqué une phrase tirée de la fameuse loi *Lecta* (2) :

(1) De tout cela résulte que la cessation du cours des intérêts n'a pas lieu en pratique aussi souvent qu'on pourrait le croire, et Eisele (p. 28) fait observer qu'on ne trouve pas de documents judiciaires à cet égard dans les recueils de la jurisprudence allemande.

(2) L. 40, D. *De rebus creditis*, 12, 1.

Non enim in mora est, a quo pecunia, propter exceptionem, peti non potest.

Il s'agissait dans ce fragment de l'exception *pacti conventi;* on généralise la solution et on l'applique à l'exception de compensation, c'est-à-dire à l'exception de dol du rescrit de Marc-Aurèle. On ajoute : si, lorsque la compensation était invoquée *exceptionis ope*, l'existence d'une créance compensable faisait cesser la demeure, à plus forte raison en est-il ainsi sous Justinien, où la compensation opère *ipso jure*.

Mais le principe énoncé dans la L. 40 ne peut s'appliquer à la compensation.

Il ne suffit pas, pour que votre demeure cesse, que vous acquériez la *possibilité éventuelle* de vous soustraire à l'obligation en accomplissant quelque fait, il faut encore que vous accomplissiez réellement ce fait. Supposons que le créancier, après avoir mis son débiteur en demeure, lui octroie la faculté de s'acquitter en donnant en paiement un objet autre que l'objet dû; le débiteur ne cessera pas d'être en demeure tant qu'il n'aura pas offert réellement soit l'objet dû, soit celui qui est *in facultate solutionis*. De même ici, il ne suffit pas qu'il ait acquis contre son créancier une créance portant sur des choses fongibles de la même espèce, et payable au même lieu que sa dette, il faut encore qu'il *déclare* vouloir compenser. C'est cette déclaration qui fera cesser la demeure, parce que, comme nous l'avons dit, elle équivaut à une offre de paiement suivie de consignation. C'est le créancier qui se trouvera alors *in mora accipiendi.*

La chose est encore plus claire lorsque, les deux dettes étant exigibles, l'un des créanciers met l'autre en demeure. Par là il exprime la volonté de ne pas compenser; si l'autre a, au contraire, l'intention de compenser, c'est bien le moins qu'il l'exprime!

Le texte qu'on invoque ne prouve donc rien, il n'y a pas à raisonner par analogie d'un cas où il est certain que vous ne devez pas, à un cas où cela est seulement possible et où votre libération est subordonnée à une offre que vous n'avez pas faite.

Ainsi la demeure ne cesse pas par la seule coexistence des deux dettes. Il n'y a donc à tirer de là aucune conséquence en faveur de la compensation *ipso jure*, ni même en faveur d'une influence quelconque que les créances exerceraient l'une sur l'autre, par le seul fait de leur coexistence (1).

d) On a soutenu aussi que la coexistence des deux dettes empêchait le débiteur *sub pœna* d'encourir désormais la clause pénale, et l'on a tiré de là argument en faveur de la compensation s'opérant *sine facto hominis*. Mais ici encore, et pour les mêmes raisons que ci-dessus, pour que la clause pénale ne puisse plus être encourue, il faut que le débiteur créancier ait manifesté son intention de compenser, étant supposé d'ailleurs que sa créance est suffisante et porte sur des choses de même espèce que sa dette.

Un texte, la L. 20, § 2, D. *De Statuliberis*, 40, 7, dispose que l'esclave affranchi sous condition de donner

(1) Au surplus la question de la cessation de la demeure ne présente ici guère d'intérêt. Quels sont les effets de la demeure? 1° La mise du corps certain dû aux risques du débiteur. Mais si l'une des dettes porte sur un corps certain, il n'y a plus de compensation possible *ipso jure*. 2° Le débiteur en retard paie des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts peuvent consister en des intérêts moratoires ; mais comme la coexistence des deux dettes fait cesser le cours des intérêts, la question n'a point d'utilité pratique. Reste les dommages-intérêts ordinaires. Or, nous allons voir, dans la suite du texte, que le débiteur soumis à une clause pénale, et qui devient créancier de son créancier, doit, pour échapper à l'application de la peine, manifester son intention de compenser. Or, les dommages-intérêts ont exactement la même nature que la clause pénale, puisque la clause pénale n'est pas autre chose que des dommages-intérêts fixés à l'avance.

dix à l'héritier, accomplit cette condition en offrant de compenser avec une dette (naturelle) de même chiffre que l'héritier se trouve lui devoir. Si, pour accomplir une condition consistant dans un paiement à faire, il faut et il suffit d'offrir de compenser, réciproquement pour faire défaiblir une condition consistant dans un non-paiement (c'est le cas de la clause pénale), il suffit, mais il faut offrir, de compenser.

Lorsque le débiteur sous clause pénale fait au créancier cette offre, cela met ce dernier *in mora accipiendi*, ce qui écarte toute application future de la clause pénale.

Mais il faut que l'offre soit faite.

On a voulu tirer argument en sens contraire de la L. 31, § 1, D. *De hered. pet.*, 5, 3 :

Sed et si aliquid prædoni debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuit debitum quod natura debebatur. Quid tamen si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum, propter pœnam vel aliam causam? Potest dici ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere.

Un possesseur de mauvaise foi s'empare d'une succession. L'héritier véritable intente contre lui la pétition d'hérédité. Il s'agit de savoir si l'arbitre, juge de l'action, doit, en déterminant les restitutions à faire par le possesseur, les diminuer des créances qu'il avait contre le défunt ? Non, en principe, et sauf le cas où l'héritier aurait un intérêt contraire, comme par exemple si le défunt était débiteur sous une clause pénale.

On dit qu'alors la dette sous clause pénale due au *prædo* s'est compensée, jusqu'à due concurrence, avec l'obligation de restitution dont il était tenu envers l'héritier. Mais le texte lui-même dément cette interprétation. Il ne s'agit pas ici de compensation, mais l'héritier peut seulement dire au *prædo :* puisque vous vous considériez comme héritier, vous avez dû vous payer à vous-même et

en temps utile, au moyen des valeurs héréditaires, ce qui vous était dû personnellement, en sorte que la clause pénale n'a pu être encourue : *potest dici ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere* (1).

On le voit, les textes sont muets pour la clause pénale comme ils l'étaient pour la demeure : la coexistence des deux dettes ne produit à elle seule aucun effet à cet égard il n'y a donc aucun argument à tirer de là en faveur de l'extinction, ou même de la paralysie réciproque des deux créances.

e) On invoquait encore le célèbre texte des Sentences de Paul, II, 5, § 3 (Pothier, *Obligations*, n° 635). La plus-pétition encourue par le créancier suppose, disait-on, que la dette dont il était devenu débiteur avait déjà éteint sa créance jusqu'à due concurrence. Mais nous savons que ce texte se référait à l'argentarius (2). En tous cas il est bien antérieur à Justinien et n'a pas été reçu dans sa compilation. Il est donc plus qu'étrange de l'invoquer pour interpréter l'*innovation* de l'empereur.

(1) On a remarqué que ce texte prévoit le cas où l'héritier serait débiteur d'une dette naturelle. Le § 2 de la même loi montre qu'un possesseur de bonne foi pourrait en retenir le montant. Or, *en principe*, une dette naturelle ne saurait être opposée en compensation, parce que ce serait contraindre le débiteur à la payer. Mais il ne s'agit pas ici de compensation. S'il s'agissait de compensation, on ne voit pas pourquoi on la refuserait au possesseur de mauvaise foi. C'est une tout autre idée qui dicte la solution. Le possesseur de bonne foi est tenu dans la limite de son enrichissement. Il s'agit donc de savoir ce dont il s'est enrichi par suite de la possession des valeurs héréditaires. Or, il peut dire, qu'en honnête homme qu'il était, il a payé, se croyant héritier et en cette qualité, la dette naturelle, la dette d'honneur dont le défunt était tenu, et dont lui, l'héritier apparent, se trouvait être créancier en son nom personnel. Dès lors il n'est pas tenu de restituer cette somme, qui n'a pas constitué pour lui un enrichissement, puisqu'elle lui était due. — Le possesseur de mauvaise foi, au contraire, doit rendre toutes les valeurs héréditaires qu'il a possédées ou dont il a perdu la possession par dol. Son obligation n'est pas limitée à son enrichissement. C'est pourquoi il ne saurait déduire ses créances sous prétexte qu'il les a payées.

(2) Voyez *supra*, chapitre v, § 14, p. 310 et s.

f). Enfin l'on s'appuyait sur (1) la L. 21, D. h. t. : *Postea quam placuit, inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur ;* c'est-à-dire, ajoutait Pothier : « *non ipse compensat, non ipse aliquid mutuo petit, sed* ALLEGAT *compensationem ipso jure factam, quæ ab initio jus petitoris ipso jure minuit* ». Mais Pothier ne connaissait pas la *compensatio* de l'argentarius à laquelle se référaient la L. 21 et le texte de Paul. L'erreur des anciens commentateurs était dès lors fatale (2).

En résumé, aucun des textes invoqués ne milite réellement en faveur du système de la compensation légale.

10. — *B*. En revanche, il en est d'autres dont les solutions sont complètement inconciliables avec cette théorie.

a) Un débiteur, négligeant la compensation, paie sa dette : si la compensation s'opère toute seule il a payé une dette éteinte, et comme il l'a fait sciemment par hypothèse, la *condictio indebiti* ne peut lui compéter. D'autre part, sa créance étant éteinte de plein droit, il ne peut plus la réclamer.

Les textes montrent au contraire qu'en pareil cas il garde sa créance, qu'il a le choix entre opposer la compensation, ou garder sa créance pour l'exercer intégralement (3).

b) De même le débiteur, qui a été condamné à payer la dette dont il aurait pu invoquer l'extinction par la compensation, serait forcé de payer par les voies d'exécution et n'aurait aucun recours, puisque d'une part il ne peut plus intenter l'action éteinte, et que d'autre part on n'a

(1) Voyez ci-dessus, chapitre III, § 14, p. 124.
(2) Pothier, *Obligations*, n° 635.
(3) L. 1, § 4, D. *De cont. tutelæ*, 27, 4.

pas la *condictio indebiti* quand ou a payé à la suite d'un jugement (1).

Les textes montrent au contraire que le défendeur conserve son action toutes les fois qu'il n'y a pas chose jugée expressément sur la question de compensation, c'est-à-dire toutes les fois que le juge n'a pas rejeté la compensation par le motif qu'il n'était rien dû au défendeur : *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio* (2).

c) Lorsqu'il y a deux débiteurs corréaux, il devrait suffire que l'un d'eux devînt créancier du créancier, pour que la créance et la dette fussent éteintes dans tous les cas. Or, tout au contraire, le débiteur solidaire ne peut invoquer la compensation du chef de son codébiteur, à moins qu'ils ne soient *socii* (3).

d) Le fidéjusseur et le débiteur principal deviennent créanciers du créancier :

Si la compensation était légale ce serait la créance la plus ancienne qu'il faudrait nécessairement invoquer en compensation, car c'est celle-là qui a éteint la dette.

Or, la L. 5, D. h. t. permet au fidéjusseur de choisir celle des deux dettes qu'il entend opposer en compensation.

Comme le dit fort bien la glose (sur L. 4. C. h. t.), citant Johannes Bassianus : *Nam si jus ipsum compensaret, non esset in hominis potestate cum quo debito compensaretur, quod tamen lex dicit* : D. L. *si quid* (L. 4.), L. *verum* (L. 5) et L. *quod Labeo* (L. 13) D. h. t.

En résumé, si nous considérons les textes antérieurs à Justinien, ceux-ci qui au premier abord paraissent favo-

(1) L. 74, § 2, D. *De judiciis*, 5,1.
(2) L. 7, § 1, D. h. t. Voyez Lair, p. 84-85.
(3) L. 18, D. *De duobus reis*, 45,2.

rables au système de la compensation légale, doivent s'interpréter d'une autre façon.

D'ailleurs, s'il en était autrement, ils auraient trop prouvé, puisqu'ils auraient fait remonter la compensation *ipso jure* à l'époque classique et donné ainsi un double démenti au témoignage des Institutes, d'après lesquelles Justinien aurait innové en faisant agir *ipso jure* la compensation, qui opérait autrefois *exceptionis ope.*

Mais cela ne suffit pas, car enfin les textes du droit ancien, inconciliables avec le système de la compensation légale, ont pu échapper à l'attention peu scrupuleuse des compilateurs et avoir été insérés par inadvertance au Digeste. Cela n'empêcherait pas que la compensation, de judiciaire qu'elle était, ne fût devenue légale sous Justinien, si c'était là le sens qu'il fallait donner à l'*ipso jure* de sa constitution.

Reste donc à montrer que Justinien n'a pas entendu rendre la compensation légale.

1° D'abord, ce système mène à des résultats inadmissibles :

Supposons deux créances, l'une parfaitement liquide, l'autre contestée et exigeant une instruction difficile, mais enfin il sera démontré qu'elle égalait la première.

Si le créancier de la créance liquide actionne son adversaire, ce dernier n'obtiendra pas la compensation ; il sera renvoyé *ad separatum* pour défaut de liquidité de sa créance. La coexistence des deux dettes n'aura produit aucun effet.

Mais si le titulaire de la créance non liquide prend les devants et que son adversaire oppose la compensation, le juge ne pourra moins faire que de l'admettre, et alors les deux créances se seront éteintes par le seul fait de leur coexistence !

Ainsi l'extinction des créances au moment où elles

deviennent exigibles toutes les deux, dépendrait de la question de savoir qui des deux créanciers actionnera l'autre le premier (1) !

2° Mais il n'y a pas besoin d'aller chercher des raisons en dehors de la constitution elle-même.

La constitution se sert d'expressions inconciliables avec l'idée d'une compensation légale. Elle parle d'un défendeur *qui opponit* ou *objicit compensationem*. Cela peut encore se comprendre, car le juge ne peut pas deviner que le défendeur a des créances contre le demandeur, pas plus qu'il ne peut savoir si la dette réclamée a été payée, quand le débiteur ne montre pas la quittance. Mais la constitution parle aussi du juge *qui admittit compensationem*, et cela implique naturellement qu'elle s'opère au moment du procès. Si elle résultait de la loi, le juge n'aurait qu'à la constater.

Nous avons déjà montré plus haut (2) que l'expression *ex omnibus actionibus* marquait aussi nettement le caractère judiciaire conservé par la compensation. Elle ***résulte*** toujours de l'action : « *Compensationes* EX *omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus.* »

3° La compensation légale ne peut matériellement se produire qu'entre dettes de choses fongibles ; elle est donc absolument impossible, non seulement dans les actions réelles, mais encore dans les actions personnelles où l'objet de la dette ne serait pas une somme d'argent. Or, non seulement Justinien n'exige pas la fongibilité (3), qui n'était

(1) Le système du Code civil évite cette absurdité en exigeant que les deux dettes soient également liquides (art. 1291). Mais c'est tomber de Charybde en Scylla, car il est tout aussi déraisonnable d'exiger la liquidité de la créance *contre laquelle* on oppose la compensation. Justinien n'exige la liquidité que de la créance *opposée* en compensation. La constitution ne laisse aucun doute sur ce point. Elle veut que la compensation puisse être *opposée* à toutes les actions.

(2) Au n° 2 de ce chapitre, p. 413 et s.

(3) C'est parce qu'ils sont partis de l'idée d'une compensation

pas requise avant lui, mais encore il veut que la compensation puisse résulter *de toutes les actions* (1), avoir lieu, en un mot, quelle que soit la nature des demandes principales ou reconventionnelles.

Rien, absolument rien, ne s'oppose à ce que le défendeur invoque la compensation en alléguant une créance portant sur un corps certain ou sur des quantités d'une autre espèce, pourvu que cette créance ne soit difficile ni à vérifier, ni à estimer en argent. La nécessité d'une estimation pécuniaire ne saurait exclure la compensation, d'abord en ce qui touche le droit du demandeur, puisque la compensation peut être opposée à une action réelle, en tant, bien entendu, qu'elle donne lieu à des condamnations pécuniaires pour fruits, dégradations, etc., ce qui suppose des estimations pécuniaires.

En ce qui touche le défendeur, il peut aussi opposer une action réelle en compensation à une action personnelle. Cela se faisait du temps de Justinien, qui dit dans la L. 11, C. *Depositi*, 4, 34: « Nullamque compensationem... opponat, quasi et ipse quasdam... actiones personales, *vel in rem*... prætendens. » Or, Justinien n'a certainement pas eu l'in-

éteignant les deux dettes par le seul fait de leur coexistence, que nos anciens auteurs (Pothier, *Obligations*, n° 624) et même quelques modernes (Maynz, § 375) exigent la fongibilité des créances. Cette opinion n'a pas le moindre fondement ; on ne saurait trouver dans toute la compilation de Justinien un seul texte qui lui prête le moindre appui. Mais il y a mieux, cette opinion reçoit un démenti éclatant de la L. 22, D. h. t., expliquée plus haut, chapitre III, section 1, § 24, p. 152, où le défendeur est autorisé à opposer en compensation de sa dette la créance qu'il a, et qui porte à son choix, soit sur un esclave, soit sur une somme d'argent, à la seule condition d'exercer son choix. — Le seul texte qui prête (en apparence) quelque appui à la prétendue nécessité de la fongibilité, ne figure pas dans la compilation et se réfère au droit de l'époque classique ; c'est le fameux fragment des Sentences de Paul, II, 5, § 3. Voyez Pothier, *Obligations*, n° 635. On comprend que, s'il y a un texte qui ne puisse être invoqué pour expliquer le sens de l'innovation de Justinien, c'est justement celui-là.

(1) Voyez le n° 2 de ce chapitre, p. 413 et s.

tention de restreindre le nombre des actions que l'on peut opposer en compensation, sauf l'exigence de la liquidité.

Voilà, à mon gré, la raison décisive (1). Dans le dernier état du droit romain, la compensation s'opère normalement par une demande reconventionnelle : la reconvention a absorbé la compensation proprement dite, voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, sous peine de s'égarer complètement.

Aussi tout le monde est-il à peu près d'accord aujourd'hui (2) pour reconnaître que la compensation n'a jamais

(1) On a souvent invoqué d'autres raisons, qui ne me paraissent pas aussi concluantes. Par exemple M. Accarias, Précis n° 912 : « Enfin, Justinien dit formellement que lorsque la compensation aura été écartée comme exigeant des débats trop compliqués et trop longs, le défendeur fera valoir sa créance par voie d'action. Cependant, si la compensation s'opérait de plein droit cette créance serait éteinte. Le défendeur, je le reconnais, aurait subi une condamnation injuste, mais comment fonderait-il une action sur un droit qui n'existerait plus ? » — On pourrait répondre que l'extinction de la dette dans le passé est subordonnée à la condition que le juge aura trouvé la créance reconventionnelle suffisamment liquide. Cette liberté d'appréciation laissée au juge est-elle vraiment inconciliable avec l'idée d'une compensation qui se serait opérée toute seule, par le seul fait de la coexistence des deux dettes ? — L'auteur cité le pense. Comment comprendre, en effet, qu'un juge décide qu'une créance a été éteinte dans le passé parce qu'aujourd'hui il lui est facile de vérifier et d'estimer la créance opposée, tandis qu'il n'y aura pas eu d'extinction, si la créance opposée exige de trop longs débats ? Voilà ce que l'on pourrait dire à l'appui de sa doctrine. — Il y a là sans doute quelque chose de vrai, surtout si l'on remarque avec Eisele qu'une créance a pu être facile à liquider au moment de la coexistence des dettes, et être devenue bien plus difficile à estimer au moment du procès, parce que des preuves, des éléments d'appréciation ont disparu. Mais, en dehors de ce cas exceptionnel, l'objection n'est pas concluante. Car enfin, en cas d'offres réelles et de demande en validité, le juge a aussi à apprécier si le débiteur a été oui ou non libéré dans le passé par les offres qu'il a faites : il juge si elles ont été régulières et suffisantes. En cas d'affirmative, il *constate* la libération qu'elles ont produite ; ce n'est pas son jugement qui libère le débiteur. De même, pourrait-on dire, en cas de compensation, suivant la plus ou moins grande liquidité de la créance opposée, le juge apprécie si le débiteur a été oui ou non libéré.

(2) En Allemagne, cette théorie a pourtant encore été soutenue par Krug, p. 97, et par Hartter, p. 42.

été légale à Rome, pas plus sous Justinien qu'avant lui. Mais les textes relatifs à l'argentarius devaient fatalement égarer les anciens commentateurs qui ne pouvaient soupçonner les particularités de l'action *cum compensatione*. Ainsi s'explique l'erreur de Martinus Gosia et de ses disciples (1). Nous empruntons à Dernburg (p. 283) les développements qui suivent sur l'historique de la doctrine de la compensation légale :

« Les glossateurs admettaient tous, sans exception, que le principe « la compensation a lieu *ipso jure* » signifiait que l'extinction des créances réciproques avait lieu *sine facto hominis*. Mais les opinions variaient beaucoup sur la question de savoir si le principe ne comportait pas des exceptions.

« Les uns niaient absolument la nécessité d'un acte quelconque pour l'extinction des deux créances. La compensation opérait comme le fait la confusion : la dette s'éteint quand le créancier devient débiteur de son débiteur, absolument comme elle s'éteint quand il devient son propre débiteur. Telle fut l'opinion d'un des plus célèbres des quatre docteurs, Martinus Gosia.

« Mais l'école de son rival Bulgarus, ayant à sa tête Johannes Bassianus, disciple de Bulgarus et maître d'Azon, combattit sa doctrine.

« Azon (*Summa Azonis*, h. t., § 13) exigeait en principe que la compensation eût été invoquée par l'une des parties,

(1) Voyez le *Casus* de la glose sur L. 4, C. h. t : *Nota per Martinum quod ipso jure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine*. Voyez aussi Hœnel, *Dissentiones dominorum*, p. 423. Nous répétons que nous n'avons pas l'intention de présenter ici une histoire complète et détaillée des doctrines sur la compensation. Nous n'en voyons pas l'utilité. D'ailleurs, on la trouvera faite avec la plus grande érudition dans Ubbelohde : *Ueber den Satz ipso jure compensatur*, pages 6-39 pour les anciennes doctrines, et p. 39-175 pour les modernes. On en trouve un résumé dans Dernburg, p. 281-291. Voyez aussi Eisele, p. 214 et s.

pour qu'on pût la considérer comme s'étant accomplie au moment de la coexistence des deux dettes. Il n'admettait d'extinction sans la réclamation d'une des parties que dans des cas spéciaux, par rapport aux intérêts; il admettait aussi la compensation des délits entre eux *ipso jure*... Ainsi, il ne voyait, dans la nécessité de l'opposition par l'une des parties, rien qui empêchât de considérer les deux créances comme s'étant éteintes par leur coexistence. Azon, comme Martinus, interprétait donc *ipso jure* comme synonyme de *sine facto hominis*, seulement, dans certains cas, cet effet ne se produisait que sous la condition que la compensation serait opposée par une des parties.

« La plupart des glossateurs suivirent la doctrine d'Azon; elle a passé dans la glose d'Accurse. Pourtant elle ne réussit pas à satisfaire tout le monde.

« Bartole admit que *ipso jure* signifiait *sine facto judicis*. Pour que la compensation s'opérât, il suffisait d'une déclaration extrajudiciaire du débiteur: « *hoc colligitur ex istis legibus, dum dicunt ipso jure, quasi non requiratur ministerium judicis* ». (Bartolus, titre D. *de compens.*, *ad* L. 4.) De là une théorie qu'on peut formuler ainsi: « La compensation opère depuis la déclaration du débiteur et non pas seulement à partir du jugement qui la reconnaît. »

« D'autres multiplièrent les cas dans lesquels la compensation devait être considérée comme opérant *ipso jure*. Par exemple, Richardus Malumbra (mort en 1334), s'appuyant sur la loi *Ambo* (L. 10, D. h. t.) enseignait que — tout au moins dans le cas où d'un même acte naissaient deux actions directes en sens contraire (1) — elles s'éteignaient réciproquement sans aucun fait de l'homme, tandis que, dans d'autres cas, il fallait que la compensation fût

(1) Voyez *contra* Baldus ad L. *si constat*, note 6 et s.; Tyndarus VI note 57.

invoquée. Peu avant lui, Nicolas Matarellus avait admis trois espèces de compensation. Tantôt (c'était dans le cas de dol, de faute réciproque, enfin dans celui où des intérêts étaient dus réciproquement) la compensation s'opérait de plein droit, *sine facto hominis*; tantôt l'acte du juge était nécessaire, comme dans l'action *familiæ erciscundæ;* tantôt enfin elle avait lieu avant le procès par la déclaration de l'une des parties (1). Il y avait là un développement, une synthèse de la théorie, telle qu'elle s'était développée depuis Azon. Ce système eut de la vogue; l'esprit du temps chérissait ces distinctions, il se complaisait dans le détail et perdait de vue l'ensemble.

« Avant qu'une ère nouvelle commençât, Tyndarus, renversant les châteaux de cartes construits par Malumbra et Matarellus, revint à la doctrine absolue de Martinus, et la soutint énergiquement. Cujas l'adopta (2), et depuis elle a régné presqu'exclusivement dans les livres et dans la pratique. On concédait que le juge ne connaissait généralement la créance reconventionnelle que parce que le défendeur l'invoquait; on faisait observer seulement qu'il le fallait bien, puisque le juge n'était pas doué de la seconde vue. Mais on croyait que le juge, qui acquérait par les actes la connaissance d'une créance reconventionnelle, devait compenser, même sans en être requis par les parties.

« A la vérité, on a toujours rencontré quelques écrivains restés fidèles à la théorie d'Azon (3). Mais leur voix se perdait dans la masse des partisans de la compensation légale. En France, l'autorité de Pothier (4) trancha la

(1) Voyez la réfutation dans Tyndarus, art. VI, n. 58 et s.

(2) Cujacius, *Recit. solemnes in Cod. h. t. ad* L. 8. *Comp. ad Pauli sent.* II, 5, § 3. *Observ.* VIII, *cap.* 16.

(3) Antoine Fabre, Mevius, Thibaut, Kreitmayer.

(4) Pothier, *Traité des obligations*, p. III, ch. IV, § 35. Voyez aussi Domat, *Lois civiles*, lib. IV, sect. I, n. 4.

question. S'appuyant sur les arguments de Tyndarus, il affirme que la compensation se produit de plein droit, sans avoir besoin d'être opposée par le débiteur, ni prononcée par le juge.

« En Allemagne, Glück (1) présente les deux opinions comme certaines, comme si elles n'étaient pas contradictoires. »

Les législations modernes, ajoute Dernburg, se sont en général modelées sur les théories en vigueur à l'époque de leur promulgation. Le Code civil (art. 1290 et s.) consacre formellement la théorie de Martinus, mais il donne aussi des solutions inconciliables avec cette théorie (2).

De même le *Landrecht* de Prusse, art. 301, le Code autrichien, § 1438.

11. — Ce qui a pu contribuer encore à créer jadis un courant irrésistible en faveur de la compensation légale, c'est que cette théorie remonte, dans l'enseignement, jusqu'au temps même de Justinien. Théophile l'expose ouvertement dans sa paraphrase, et l'on peut, je crois, affirmer que la constitution a été interprétée en ce sens par *plus d'un* des commissaires chargés de compiler le Digeste, ou de reviser la seconde édition du Code.

Ce n'est pas, à coup sûr, une raison pour croire cette interprétation exacte.

Quand on s'est fait une juste idée de la valeur intellectuelle et des connaissances juridiques de nos compilateurs (et c'est absolument essentiel pour l'intelligence de notre sujet), on n'éprouve pas la moindre surprise à les voir prendre le change sur une expression équivoque. Parmi les erreurs souvent grossières, parfois grotesques,

(1) Glück, *Commentaire,* t. xv, p. 102 et s., 110. Voy. aussi t. iv, p. 522.
(2) Art. 1294, 3e alinéa, 1297, 1299.

où ils sont tombés, celle-là est certainement une des plus excusables.

Et d'abord Théophile, IV, 6, § 30 :

Ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιοτέρων διατάξεων · ἡ δὲ τοῦ ἡμετέρου βασιλεώς παρακελεύεται διάταξις τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπεσσατιωνας **ipso jure** *μειοῦν τὴν ἀγωγὴν εἴτε* **in rem** *ἐστὶν, εἴτε περσοναλία · οἷον, ἔχει τις κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴν ἢ* **strictam** *ἢ* **bonæ fidei** *περὶ ι' νομισμάτων, αντεποφείλει δὲ μοι γ' νομίσματα· αυτῷ τῷ νόμῳ ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι ἡ κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴ μειοῦται τρισὶ νομίσμασιν, ὡς μηκέτι με ι', ζ' δὲ μόνον ἐποφείλειν νομίσματα.*

« Voilà le droit résultant des constitutions anciennes. Mais la constitution de notre empereur ordonne que les compensations manifestes et indubitables diminuent *ipso jure* l'action, qu'elle soit réelle ou personnelle. Par exemple, quelqu'un a contre moi une action de droit strict ou de bonne foi pour dix solides, mais il me doit de son côté trois solides : *en vertu de la loi, dès qu'il y a dette réciproque l'action contre moi est diminuée de trois solides, de telle sorte que je n'en dois plus dix, mais seulement sept.*

Un scoliaste du VIe siècle, Théodore, avocat à Constantinople et peut-être élève de Théophile, marche sur ses traces (1) :

Ἐάν τις χρεωστῶν αντιχρεωστηθῇ, μειούσθω παραχρῆμα τὸ χρέος, καὶ μόνου τοῦ πλείονος απαιτείσθωσαν τόκοι.

« Si le débiteur devient créancier, aussitôt sa dette se trouve diminuée, et les intérêts du surplus seulement doivent être demandés. »

Toutefois, un autre Byzantin du VIe siècle, Thalelæus, paraît ne pas suivre la théorie de Théophile ; c'est un précurseur de Bulgarus, de Johannes Bassianus, d'Azon et de Donneau, car il dit :

(1) Scolie *g* sur Basiliques, 24, 10, 28, t. III, p. 48.

'Εὰν τὴν κομπεσσατιονα ὁ δικαστὴς δέχηται, εκείνου τοῦ καιροῦ ἀναιρεῖ τὴν ἐνοχήν, ἐξ οὗ αντεχρεωστήθη.

« Si le juge admet la compensation, il éteint la dette à partir du moment de la coexistence des deux créances. »

Et là-dessus la scolie ajoute encore :

Χαλῶς δε ἐιπεν, ἐὰν δέξηται ὁ δικαστὴς· ἔξεστι γὰρ καὶ μη δεξασθαι· ὡς ὅτε ὡμολογημένῳ χρέει τὸ ἀμφισβητούμενον χρεός ἀντιτιθεται εἰς κομπέσσατίονα· ὀυ γαρ ὀφείλει ταύτην δέχεσθαι.

« Il dit avec raison : *si le juge a admis;* il lui est donc permis de ne pas admettre : par exemple, si on oppose une dette douteuse à une dette certaine, car il ne doit pas admettre cette compensation. »

Mais l'interprétation de Théophile et de Théodore paraît bien avoir été celle de quelques-uns des commissaires chargés de la revision du code : Tribonien, Menas, Constantin et Jean (1). Ce sont eux qui ont interpolé les mots : « *ipso jure pro soluto* » dans la L. 4, C. h. t. (2).

Cette phrase, grammaticalement intraduisible, a manifestement pour but de déclarer qu'à partir de leur coexistence les deux dettes sont éteintes *ipso jure*, comme s'il y avait eu paiement réciproque. Sans l'intention d'exprimer cette idée, on ne s'expliquerait pas l'adjonction de ces mots à un texte qui pouvait très bien entrer tel quel dans la compilation.

L'intention du compilateur se manifeste avec plus d'évidence encore dans la L. 21, D. h. t. :

Posteaquam placuit id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur (3).

La phrase *posteaquam...... compensari*, est une allu-

(1) Constitution *Cordi nobis*, § 2.
(2) Voyez le n° 7 de ce chapitre, p. 434 et s.
(3) Voyez plus haut, chapitre III, section I, n° 14, p. 124.

sion évidente à la constitution de Justinien. Dans l'opinion du compilateur qui l'a ajoutée, depuis cette constitution, la demande elle-même se trouvait diminuée *ab initio*, par conséquent indépendamment de l'office du juge. Il a visiblement pensé que la solution, donnée primitivement pour l'argentarius, s'appliquait merveilleusement à tout le monde depuis la constitution de Justinien.

Comme Théophile ne faisait pas partie de la commission de revision du Code, nous sommes donc assurés que la théorie de la compensation légale, s'opérant *sine facto hominis*, avait été considérée comme l'interprétation naturelle de la constitution par plusieurs compilateurs, deux au moins, peut-être davantage.

Ils ont été ravis de trouver dans la *compensatio* de l'argentarius des solutions qui cadraient si bien avec cette théorie ; ils n'ont pas manqué de les souligner de quelques *ipso jure* significatifs.

Dans la *deductio* du *bonorum emptor* même, ils ont découvert une solution qui leur a paru faite à souhait : la *condictio indebiti* donnée à celui qui a payé quand il aurait pu opposer la compensation (lisez la *deductio)*. C'est pourquoi, après avoir intercalé deux *ipso jure* dans le *principium* de la L. 10, D. h. t., ils se sont empressés de placer, après les mots *ipso jure invicem liberationem*, cette phrase qui forme maintenant le § 1 : « Si quis *igitur* compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. » Cet *igitur* ne s'explique pas si on le rapporte aux solutions données en matière de société par le *principium* de la L. 10 ; on est alors obligé d'admettre — ce qui n'est pas impossible d'ailleurs — que dans le texte original d'Ulpien, il se référait à un développement sur la formule du bonorum emptor (1), développement sup-

(1) Voyez plus haut, chapitre III, n° 39, p. 189, n. 1.

primé par les compilateurs. Mais il est aussi possible que cet « *igitur* » ait été introduit par un compilateur et se réfère, non plus à l'ensemble des solutions du *principium*, mais seulement au dernier membre de phrase, « *et ipso jure invicem liberationem* ».

De même dans la L. 30, D. *De condictione indebiti*, 12, 6: « Qui invicem creditor, idemque debitor est, *in his casibus in quibus compensatio locum non habet*, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem (1). »

Il est certain qu'Ulpien n'a pas écrit la phrase : « *in his casibus in quibus compensatio locum non habet* » ; les compilateurs l'ont glissée, peut-être à la place d'une autre visant la *deductio* du bonorum emptor, comme nous l'avons conjecturé plus haut (chap. III, § 40, p. 198). Mais, que cette phrase ait pris la place d'une autre ou non, elle manifeste dans tous les cas l'intention de corriger, de restreindre la solution d'Ulpien qui refuse la *condictio indebiti*, et de donner cette action à celui qui a payé pouvant compenser, absolument comme s'il avait payé une dette éteinte. Il y a là un nouvel indice révélateur de l'interprétation que *plusieurs* (2) compilateurs donnaient à l'innovation du Justinien.

(1) Voyez chapitre III, § 40, p. 198.

(2) Remarquez que la L. 30, D. 12, 6, citée appartient à la série Sabinienne, la L. 10, § 1, D. h. t., à la série Edictale, la L. 21, D. h. t., à la série Papinienne. La même idée se retrouve donc au moins chez un membre de chacune de trois sous-commissions. Nous savons que les compilateurs interpolaient individuellement, tout en faisant leurs extraits (voyez plus haut chapitre VI, § 15, p. 389). Cela n'exclut pas d'ailleurs la possibilité d'interpolations faites en revisant le titre une fois composé; mais il est extrêmement remarquable de voir la même pensée se faire jour au Digeste dans deux titres différents (12,6 et 16,2), au Code (4,31) et dans la paraphrase de Théophile. Il n'y aurait rien d'invraisemblable à admettre que *la plupart des compilateurs* avaient été séduits par l'idée superficielle d'une compensation s'opérant par la vertu de la loi, dès le jour de l'exigibilité des deux dettes.

Mais, comme le dit très bien Eisele, cette interprétation c'est un *système*, une *théorie*, ce n'est pas un *témoignage.* Quand les compilateurs nous attestent des faits, il y a lieu de les croire ; comme témoins, ils ne sont pas suspects d'ordinaire, mais comme interprètes nous savons l'autorité qu'il faut leur accorder. S'il faut dire toute notre pensée, il serait extrêmement surprenant qu'en présence d'une difficulté réelle, d'une question délicate, ils fussent tombés sur la solution vraie. Le hasard ne fait pas de ces coups-là.

Leur interprétation, c'est l'interprétation simpliste, superficielle et puérile, de gens qui, comme Théophile, voient la question sous la forme de deux personnes se devant l'une dix sous d'or, l'autre trois. Ils n'ont pas songé à approfondir davantage. L'empereur a décidé que la compensation aurait lieu *ipso jure;* rien de plus simple : le débiteur ne doit plus que sept sous d'or !

Nous avons vu qu'il suffisait de lire avec attention la Constitution et de réfléchir un peu, pour se convaincre que cette interprétation n'était pas admissible, mais nous savons aussi combien peu l'attention et la réflexion sont choses familières à nos compilateurs.

12. — *Systèmes intermédiaires entre la théorie de la compensation légale et celle de la compensation judiciaire.*

Il est facile d'expliquer pourquoi ces systèmes intermédiaires ont été imaginés.

La théorie de Martinus se heurte à des objections très fortes et à des textes inconciliables avec elle. Toutefois, il ne paraissait pas possible d'adopter purement et simplement la doctrine de la compensation judiciaire, se produisant par un acte de disposition émané du défendeur, qui donne au demandeur en paiement la créance dont ce demandeur est débiteur envers lui.

Cette impossibilité résultait non seulement des mots *ipso jure* que l'on rencontrait dans cinq textes (en comptant la L. 14, C. h. t.), mais encore, et peut-être surtout, de ce qu'il semblait que la seule coexistence des deux dettes, indépendamment de l'opposition de la compensation devant le juge, produisait par elle-même certains effets très importants : la *condictio indebiti*, la cessation du cours des intérêts, d'autres encore que l'on admettait généralement par une interprétation inexacte des textes : la cessation de la *mora*, le danger de la clause pénale écarté.

Tous ces systèmes intermédiaires ont deux points communs. D'abord, ils adoptent nominalement le système de la compensation judiciaire : ils reconnaissent que les deux créances ne sont pas éteintes par leur coexistence, mais subsistent jusqu'au jour où la compensation est opposée. Mais, une fois cette satisfaction donnée théoriquement à la raison et aux textes, ils retombent d'une manière plus ou moins déguisée dans le système de la compensation s'opérant *sine facto hominis*.

Le second point, ou pour mieux dire, le second vice commun à tous ces systèmes, c'est la subtilité extrême à laquelle ils sont forcés d'avoir recours. Ce défaut atteint son maximun dans le système de Scheurl, où la finesse des distinctions finit par échapper à l'analyse la plus attentive.

a) Système d'Azon. — La théorie dominante en Allemagne, celle qui y est généralement enseignée et suivie dans la pratique, est celle du glossateur Johannes Bassianus, défendue plus tard par Azon, et que nous avons exposée plus haut. Pour que la compensation opère, il faut qu'elle soit opposée, mais alors elle opère de plein droit et rétroactivement. De plein droit, en ce sens que ce n'est pas la déclaration de volonté du défendeur qui produit cet effet, elle constitue seulement la condition indispensable pour que cet effet se produise.

Cette théorie implique nécessairement que, à partir de l'instant où elles sont devenues exigibles, l'existence des deux créances a été en suspens : elles seront réputées avoir été éteintes rétroactivement, si la compensation est opposée par la partie et admise par le juge ; sinon, les deux créances n'auront jamais cessé d'exister.

La rétroactivité, qu'admettent les partisans de ce système, doit en effet forcément mener à supposer un état d'incertitude, dont la nature est plus tard déterminée par la rétroactivité de la compensation.

Ce système est ingénieux. Il n'y manque qu'une chose, c'est de trouver un appui dans les textes. L'idée d'un état de droit en suspens, puis rétroactivement déterminé par un événement ultérieur, est une idée très familière aux jurisconsultes romains ; l'occasion de l'exprimer ne leur a pas manqué dans les textes nombreux où il est question de la compensation. Or, ils n'en ont pas dit un seul mot, d'où l'on peut conclure que cette théorie, de la rétroactivité de la compensation invoquée et admise, leur était complètement étrangère.

Ce système doit donc être repoussé.

b) Système de Donneau. — La théorie d'Azon, point de départ de toutes les théories allemandes que nous allons résumer, fut reprise et développée sous une autre forme par Donneau (1). Selon lui, l'*ipso jure* de Justinien signifie deux choses : d'abord que la compensation, *une fois opposée*, libère le débiteur comme par l'effet d'un paiement (2), et deuxièment qu'elle peut être opposée en

(1) Donneau, *De Jure civili*, lib. XVI, cap. xv, § 1, § 38 et s., § 37, § 39, et ad tit. Inst. *de Act.*, § 21, 5 et s. — Comp. Desjardins, p. 198 ; Saleilles, *Théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, § 59.

(2) Donneau, *De jure civ.*, lib. XVI, cap. xv, § 1 : Compensare namque dicitur debitor qui, cum ei vicissim aliquid debetur a creditore eodemque actore, *vult* quod sibi debetur *ab eo retineri, ne amplius*

tout état de cause, et non pas seulement au commencement du procès, ou tout au plus avant la sentence. Libéré *ipso jure*, et non plus *exceptionis ope*, le débiteur peut faire valoir la compensation même contre l'exécution du jugement (1).

Sur le premier point on voit la différence essentielle entre ce système et celui de Martinus. L'*ipso jure* ne signifie pas du tout pour Donneau que la compensation peut avoir lieu à l'insu des parties. Il faut nécessairement qu'elle soit opposée. Une fois opposée, elle agit comme un paiement.

Mais alors ce paiement ne s'opère-t-il pas seulement au moment où le débiteur oppose la compensation, et est ainsi censé verser à son créancier la somme qu'il renonce à lui réclamer?

Non! disait Donneau (lib. XVI, cap. xv, § 39):

La compensation est considérée comme ayant, *ipso jure*, réalisé un paiement *à partir du moment où elle aurait pu être opposée*, c'est-à-dire à partir du moment de la coexistence des deux dettes : « *ex quo primum objici potuit*,

debeat, et simul id sibi pro depenso, seu pensato, apud eum esse, ut tanquam eo soluto desinat vicissim et ipse debere. — *Eod.*, § 37 : Solvit enim debitor, qui creditori suo pecuniam numerat, liberandi sui causa. Nihil autem interest utrum numerem creditori meo pecuniam, *an vero meam quæ apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, patiar apud eum esse, tanquam numeratam liberandi mei gratia.*

(1) Donneau, *eod.*, § 38 : At compensatio pro solutione est ipso jure, ac non tantum per exceptionem, quia et ipsa numerationem quamdam brevi manu continet. — Donneau, ad. tit. Instit. *de Act.*, § 21, 5 et s., § 6. (Justinianus de compensatione) induxit autem tria. Primum ut compensationes fiant ipso jure, *si quis vult*, in omnibus actionibus, sive in rem, sive in personam... Principio cavet in omnibus actionibus, tam in rem quam in personam compensationes fieri ipso jure (L. *ult. in prin.*, C. *De comp.)* id est, ut hic interpretatur, ut compensationes *oppositæ* actori, minuunt actiones omnes ipso jure, ac non tantum opposita, et initio contestata, compensationis *exceptione*, sive in rem sint actiones, sive in personam. — J'ai emprunté ces citations à M. Saleilles, *op. et loc. cit.*

id est ex quo primum cœpit pecunia utrinque deberi. » Cela est fort équitable, ajoute-t-il, car le créancier a reçu ce qui lui était dû dès l'instant où il s'est trouvé débiteur d'une somme égale.

Mais il est impossible d'admettre que les mots *ipso jure* consacrent cet effet rétroactif de la compensation ; non seulement on ne saurait prouver que ces mots aient ce sens, mais encore on ne saurait comprendre comment ils auraient pu l'acquérir.

Le système de Donneau lui a visiblement été suggéré par la L. 4, C. h. t. (1). Il est possible d'ailleurs que le compilateur qui a interpolé les mots « *ipso jure pro soluto* » dans ce texte, ait eu, je ne dis pas clairement, mais confusément, une idée analogue à celle de Donneau. La compensation opposée peut être considérée comme un paiement, car c'est une *datio in solutum*. Or, sous Justinien, la *datio in solutum* est assimilée au paiement et opère *ipso jure* comme lui, tandis que, d'après les Proculiens du moins, elle n'opérait qu'*exceptionis ope* (2). Cela posé, des raisons d'équité portent ici à feindre que ce paiement a été effectué lors de la coexistence des deux dettes. Mais, quand il serait prouvé que telle a bien été l'idée du compilateur, nous savons quelle confiance on peut avoir dans les interprétations de ses pareils, et l'intraduisible jargon, qu'il a mis dans la bouche d'Alexandre Sévère, n'est pas pour faire croire qu'il dépassât la moyenne intellectuelle de ses collègues.

c) Brinz a développé sous une forme ingénieuse et subtile des idées qui sont en somme celles de Donneau.

Après avoir penché vers le système de la compensation purement judiciaire dans sa monographie sur la com-

(1) ..... *Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur*......

(2) Voyez Inst., III, 29, pr. — L. 17, C. *De sol.*, 8, 42. — Gaius, III, 168.

pensation (1), Brinz a adopté un autre système (2). Il admet que les deux créances subsistent; qu'elles ne sont même pas paralysées, mais se font échec l'une à l'autre.

Il ne faut pas dire, selon lui, que chacune d'elles est paralysée par une exception ; cela était vrai sous le droit classique où l'on avait l'exception de dol pour faire repousser, comme entachée de mauvaise foi, la demande de celui qui réclamait le paiement sans payer lui-même (3). Mais, dans le dernier état du droit romain, les idées avaient changé ; on admettait que le créancier non payé pouvait, non seulement repousser une poursuite, mais encore se payer par une sorte de saisie opérée sur lui-même, de telle sorte qu'il y avait libération réciproque, et diminution de plein droit de la condamnation en cas de poursuite. Il y a ainsi libération des débiteurs sans extinction de la dette. De la sorte Brinz concilie très bien les textes qui supposent les créances subsistantes, avec ceux qui semblent les considérer comme éteintes. Cela n'est pas étonnant, il est très facile d'expliquer des textes contradictoires en adoptant un système contradictoire (4).

Mais ne voit-on pas qu'il n'y a là au fond qu'une subtilité qui voile la difficulté sans la résoudre ? Il ne saurait y avoir libération de plein droit des débiteurs sans extinction de la dette. D'ailleurs, si les débiteurs étaient libérés, non seulement ils seraient *dispensés* de payer, mais encore ils ne *pourraient* plus payer.

Cette subtilité étant écartée, il demeure vrai que les deux dettes subsistent, sans être aucunement paralysées, ni se tenir en échec ; seulement le défendeur pourra con-

(1) *Die Lehre von der Compensation.*
(2) *Bekker's und Muther's Jahrbücher*, I, 1857, p. 24 et s. et *Pand*, II, § 287.
(3) Voyez Saleilles, *op. cit.*, n° 60.
(4) Eisele, p. 216.

traindre le demandeur à accepter en guise de paiement la libération de la dette qu'il doit au défendeur. Par conséquent ce défendeur n'est pas du tout libéré ; il ne l'est pas plus que ne le serait un débiteur à qui son créancier dirait : « Vous me devez 1000 sesterces, mais si vous voulez me donner votre cheval à la place, je vous tiendrai quitte ». Le débiteur n'est nullement libéré ; il acquiert seulement ainsi la faculté de satisfaire son créancier d'une autre façon que celle qui avait été primitivement convenue (1).

d) Windscheid (2) commence par poser le principe de la compensation purement judiciaire. Les deux créances ne s'éteignent nullement l'une l'autre, et le défendeur peut, à son choix, opposer la compensation ou réclamer sa créance par voie d'action. Mais, à peine a-t-il posé ce principe, qu'il l'affaiblit de manière à n'en presque plus rien laisser subsister. Car il admet que, dès l'instant de leur coexistence, chacune des deux créances est affectée

(1) Nous donnons ici une analyse de la théorie de v. Scheurl, pour montrer jusqu'à quel degré de subtilité des jurisconsultes ont poussé leurs explications de l'énigme. Scheurl commence par dire (p. 150) que l'existence de la créance reconventionnelle n'a aucun effet *juridique* sur l'existence de la créance principale. Mais il lui reconnaît d'autre part (p. 194) un effet *économique, quantitatif*. Si je dresse mes comptes, *économiquement* je ne me trouve débiteur que du solde. Maintenant, de ce fait économique la législation fait découler le droit de faire valoir, par l'exception de dol, que ma dette est diminuée d'autant. La compensation s'opère d'elle-même, en ce sens que, *au fait de l'existence de la créance reconventionnelle, s'attache de lui-même le droit pour le débiteur de faire valoir qu'il n'est plus débiteur que de la différence, depuis la naissance de sa créance !!!* Ici la subtilité dépasse les bornes et rend la pensée fort obscure, quoi qu'en dise Eisele (p. 219). D'ailleurs, pour réfuter ce système, qui semble se faire insaisissable pour échapper à la critique, il suffit de remarquer ceci : l'opération a lieu d'elle-même, dit Scheurl : or cela ne peut signifier qu'une chose, à savoir qu'il suffit, pour que le résultat se produise, de la volonté de la loi et de la coexistence des deux créances. Eh bien, c'est là abandonner complètement le point de départ, qui consistait à dire que la créance reconventionnelle n'avait par elle-même aucune influence sur la créance principale, et retomber en plein dans la théorie de Martinus.

(2) *Pandectes*, § 349.

comme elle le serait par une exception péremptoire; chacune paralyse l'autre sans aucune intervention du débiteur. De là la *condictio indebiti*, la cessation du cours des intérêts, etc. A cette paralysie succède une extinction totale lorsque le débiteur a opposé la compensation et que le juge l'a admise. Cette paralysie se produit *ipso jure*, par le seul fait de la coexistence des deux créances.

Mais comment croire que les sources aient jamais dit d'une créance qu'elle était paralysée *ipso jure* par une exception ?

D'ailleurs il est inexact que chaque créance soit paralysée comme l'est une obligation affectée d'une exception péremptoire, car renoncer à une créance paralysée par une exception, ce n'est pas faire un sacrifice, une libéralité. Au contraire, lorsque Primus et Secundus se doivent réciproquement 100, si Primus renonce à sa créance, il est clair qu'il fait une libéralité à Secundus.

Enfin, il est une objection décisive qui milite aussi bien contre la théorie de Martinus que contre les doctrines intermédiaires :

Supposons que Primus soit créancier de trois dettes de 100 et Secundus créancier d'une dette de 100. Il n'est pas contestable que, quelle que soit la créance de 100 que Primus réclamera la première, Secundus pourra lui opposer sa créance en compensation. Mais jusque-là faut-il dire que la créance de 100 paralyse les trois créances de 100 = 300 ? Evidemment, cela est impossible. Alors que faire ? Dire qu'elle paralysera proportionnellement chacune des trois créances pour un tiers? Non ! car alors il en résulterait qu'on ne pourrait l'opposer à la première réclamée que pour un tiers, et il est certain qu'on le peut pour le tout. Donc il faut admettre que, lorsqu'elle aura été opposée en compensation à la première réclamée, elle cessera de paralyser les autres, parce qu'il deviendra cer-

tain qu'elle ne pourra leur être opposée en compensation.

Mais alors, qui ne voit que c'est seulement le fait de l'opposer en compensation qui a paralysé la créance à laquelle elle a été opposée, et que, si elle ne paralyse plus les autres, c'est tout simplement parce qu'elle a été éteinte par le fait de l'avoir opposée en compensation?

13. — *Systèmes de la compensation purement judiciaire.*

De tout cela résulte que la compensation est toujours restée judiciaire, et que l'innovation de Justinien n'en a pas changé le caractère. Cette innovation ne porte sûrement pas sur le fond du droit. Comment donc faut-il l'expliquer?

Les mots *ipso jure* appellent naturellement comme antithèse : *exceptionis ope*. En outre, les Institutes rapprochent et opposent la compensation s'opérant en vertu du rescrit de Marc-Aurèle et par le moyen de l'exception de dol, d'une part, et la compensation s'opérant *ipso jure* en vertu de la constitution de Justinien d'autre part. On a donc assez souvent cherché à voir dans l'*ipso jure* une innovation de procédure.

Mais, quand on veut alors préciser la portée pratique de cette innovation, on sent le terrain se dérober et l'on tombe dans le vide.

Ubbelohde, par exemple (1), a soutenu que l'intérêt était le suivant. S'agit-il d'un moyen de défense qui opère *ipso jure*, la preuve peut en être fournie en même temps que celle du demandeur. Au contraire, on ne prouve les véritables exceptions qu'après que le demandeur a justifié sa prétention.

Ainsi le défendeur aurait eu l'avantage (?) de procéder à la preuve de sa créance en même temps que le

(1) Pages 267 à 276, résumées par Eisele, p. 190.

demandeur prouvait la sienne ; le procès se serait trouvé ainsi abrégé dans le cas où la preuve de la créance reconventionnelle était plus facile à faire que celle de la créance principale. Abréger le procès, c'est évidemment un avantage, mais, ajoute finement Eisele, la question est de savoir si c'en est un *pour le défendeur*. C'est là le point. Car, si la créance du défendeur est plus faible que celle du demandeur, ce n'est pas lui qui a intérêt à abréger le procès. Il est donc à craindre qu'il n'use pas de la latitude qu'Ubbelohde lui accorde. Remarquez du reste qu'Ubbelohde ne dit pas que le défendeur sera *obligé* à prouver les moyens qui opèrent *ipso jure*, en même temps que le demandeur prouve sa prétention (1).

Au surplus, les textes qu'il invoque prouvent tout simplement que le défendeur ne se voit contraint de prouver son exception, par exemple la prescription *longi temporis*, qu'après que le demandeur a fait sa preuve (2).

Pourquoi le défendeur irait-il se donner la peine de prouver qu'il a possédé dix ans, tant que le demandeur n'a pas démontré sa propriété ?

Le défendeur ne doit fournir tout de suite la preuve de son exception que lorsqu'il reconnaît le droit du demandeur.

Il est donc impossible que Justinien ait voulu dire que le défendeur serait désormais *autorisé* à prouver tout de suite sa créance. Cela n'aurait aucun sens.

Desjardins (4), s'appuyant sur le texte des Institutes, admet aussi que l'innovation consiste en ce que l'exception

(1) Ce serait insoutenable en présence des termes de la constitution, d'où il résulte clairement qu'une créance *liquide* peut être opposée en compensation en tout état de cause.

(2) L. 9, C. *De præscript. longi temp.*, 7, 33.

(3) L. 9, C. *De exceptionibus*, 8, 36.

(4) P. 153.

n'est plus nécessaire. Mais, dit avec raison M. Lair, où serait alors l'intérêt? l'exception a disparu avec la formule.

« Il n'en est rien, répond M. Desjardins. Elle pouvait être invoquée après la litiscontestation jusqu'à la sentence, mais il fallait qu'elle fût invoquée. Justinien supprime cette nécessité. Désormais, dans toutes les actions la compensation sera un moyen de défense ordinaire, comme le paiement, que le défendeur fera valoir sans recourir à une forme spéciale de procédure. »

Mais il faudrait d'abord prouver que, sous la procédure extraordinaire et notamment sous Justinien, les exceptions devaient être présentées sous une forme spéciale de procédure. Or, on n'apporte pas le moindre indice à l'appui de cette idée.

Il faut toujours que la compensation soit invoquée, le juge ne peut pas deviner que le défendeur a une créance, pas plus qu'il ne peut deviner qu'il a payé. On comprendrait que certains moyens de défense dussent être invoqués *in limine litis*, c'est le cas des exceptions dilatoires même sous Justinien (1), mais on ne conçoit pas qu'il faille, sous la procédure extraordinaire, revêtir les exceptions d'une certaine façon pour les présenter à la justice. La L. 12, C. *De except.*, 8, 35 (36), punit d'une amende d'une livre d'or l'avocat qui présente tardivement une exception dilatoire omise *inter exordia litis*, du moins s'il insiste sur ce moyen de défense après que le juge l'a repoussé. Cela implique bien que les exceptions n'étaient assujetties à aucune forme spéciale, mais présentées dans les plaidoiries comme les autres moyens de défense.

14. — Selon Eisele (p. 191 et s.), *ipso jure* signifierait

(1) L. 12, L. 13, C. *De except.*, 8, 35 (36). Voyez ci-après le système d'Eisele.

que désormais la compensation, qui autrefois aurait dû être opposée dans les actions de droit strict *in limine litis*, avant la *litis contestatio*, pourra désormais l'être en tout état de cause. C'est le propre, en effet, des moyens qui opèrent *ipso jure*, de pouvoir être invoqués en tout état de cause, tandis que les moyens qui opèrent *exceptionis ope* devaient, sous la procédure formulaire, être opposés *in jure*, et, dans la procédure extraordinaire, *in limine litis*. Depuis la constitution de Justinien, la compensation devient un moyen qu'on peut opposer même après la *litis contestatio*, comme on le peut pour un paiement, une acceptilation, etc. (1). C'est en ce sens que la compensation opérait *ipso jure*. La réforme ne toucherait donc qu'à la procédure. Dans le droit classique, lorsqu'un moyen opérait *ipso jure*, il en résultait, entre autres conséquences, qu'il pouvait être opposé en tout état de cause. C'est pour cela que Justinien a été amené à dire que la compensation opèrerait *ipso jure*, voulant dire seulement qu'on pourrait l'opposer en tout état de cause. Mais jadis, le fait qu'un moyen opérait *ipso jure* entraînait bien d'autres conséquences, que Justinien pourtant n'entendait pas consacrer ; de là une équivoque qui a induit en erreur, non seulement Martinus et tous ses partisans plus ou moins déclarés, mais même des contemporains, des auxiliaires du grand empereur byzantin. Ils ont pris le mot dans son ancien sens et en ont tiré toutes les conséquences qu'il comporte, notamment l'extinction réciproque, *sine facto hominis*, des deux créances opposées.

Ce qui, d'après Eisele, confirmerait l'exactitude de ce système, c'est qu'il expliquerait fort bien, à son gré, une autre innovation de Justinien, l'exigence de la liquidité.

(1) En ce sens Baron, ad § 30 Inst., IV, 6; Donneau, sur le même § des Institutes, et beaucoup d'autres cités par Ubbelohde, p. 18, notes 15-20, et par Eisele, p. 192.

Si l'on permet d'opposer la compensation même au dernier moment, il faut, sous peine de favoriser la chicane, exiger la liquidité. Le défendeur, *pæne convictus*, va chercher une dernière planche de salut dans une compensation, dont l'examen prolongera le procès par une instruction moratoire. Ce danger est moins à redouter *in limine litis*. Au début, le défendeur espère gagner son procès ; il n'a plus cette illusion à la fin.

Par sa première innovation Justinien aurait donc, sinon créé, du moins fortement aggravé le danger, aussi se serait-il empressé d'y porter remède en exigeant la liquidité.

Enfin cette interprétation justifierait, selon Eisele, les expressions « *latius introduxit* » des Institutes. La compensation des créances liquides a été étendue, en ce sens qu'elle pourra être opposée désormais en tout état de cause.

Ce dernier argument ne porte pas, car l'extension de la compensation aux actions réelles suffit à motiver le *latius introduxit*.

D'ailleurs ce système ne résiste pas à l'examen :

1° Il n'y a qu'à lire la constitution pour voir qu'en exigeant la liquidité, Justinien veut remédier à un inconvénient déjà existant — la compensation opposée *in extremis* — et non pas à un inconvénient futur, qui se produirait dans l'avenir seulement et par suite de la réforme contenue dans l'*ipso jure*. L'empereur ne dit pas : « *satis miserabile* FORET », « il serait déplorable », mais bien, parlant d'un mal présent : *satis miserabile* EST.

2° Le système a, en outre, le tort de reposer sur une hypothèse que rien ne justifie, et qu'au contraire dément un texte précis.

Eisele suppose qu'avant Justinien la compensation devait être opposée *in limine litis* (1). Il ne reste abso-

(1) Dans notre ancien droit français, l'article 106 de la coutume de

lument aucune trace de cette exigence. Si, comme nous l'avons montré, la compensation s'opposait généralement sous la forme d'une demande reconventionnelle qui arrêtait l'exécution de la sentence à rendre sur la demande principale, on ne voit pas ce qui aurait empêché le défendeur d'introduire à tout moment du procès une demande reconventionnelle.

En effet, sous la procédure extraordinaire, en vigueur depuis deux siècles, ce défendeur se trouve pendant toute la durée de l'instance devant un *magistrat*, et non plus devant un simple juge, qui ne saurait sortir, lui, de la mission contenue dans la formule.

Supposons maintenant que la compensation s'opposât, non pas, comme nous le croyons, par une demande reconventionnelle, mais directement en invoquant l'exception de dol. S'ensuit-il qu'elle dût être opposée, sous peine de déchéance avant la *litis contestatio?* Point du tout! L'exception de dol est une exception péremptoire (1). Or, même à l'époque formulaire, et déjà au temps de Gaius, on pouvait se faire restituer en entier contre

Paris, après avoir dit que la reconvention n'a point de lieu si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention ne soit la défense contre l'action premièrement intentée, ajoutait: « En ce cas, le défendeur, *par le moyen de ses défenses*, se peut constituer demandeur »; « On en concluait et avec raison », ajoute Toullier (t. VII, n° 409) « que la reconvention ne doit pas être admise après la contestation en cause. Voyez Ferrière, n° 12. Cela paraît conforme à la Novelle 96, chap. II, § 1, où Justinien dit : *Sancimus igitur, si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui contra se conventionem exposuit, non apud alium judicem, sed apud eum mox a principio convenire, et eumdem esse judicem in eodem negotio...* C'est de là qu'est venue la maxime universellement enseignée par les interprètes, tant du droit romain que du droit canonique, et par les docteurs, que la reconvention ne doit pas être admise après la contestation en cause, ou du moins, ce qui revient à peu près au même, que la reconvention proposée depuis la contestation en cause ne doit retarder ni l'instruction, ni le jugement de la demande principale, mais qu'elle doit être instruite et jugée séparément. C'est en ce point seulement que diffèrent entre eux les interprètes et les docteurs. »

(1) Inst., IV, 13, § 9; Gaius, IV, § 120; L. 3, D. *De exceptionibus*, 44, 1.

l'omission d'une exception péremptoire ; il y avait controverse seulement pour les exceptions dilatoires (1).

Primitivement le Préteur pouvait sans doute accorder ou refuser la restitution, selon les cas, et permettre ainsi ou refuser au défendeur d'invoquer la compensation après la *litis contestatio ;* en d'autres termes la restitution fut d'abord *décrétale*. Mais elle ne tarda pas à devenir *édictale*, c'est-à-dire à être accordée sans examen, et c'est ainsi que l'on arriva au principe, proclamé par une constitution de Dioclétien, que les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause :

L. 2, C. *Sententiam rescindi non posse*, 7,50 :

Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam judicatum contra majores annis vigintiquinque, non oppositæ præscriptionis velamento, citra remedium appellationis rescindi non potest (294).

« Les exceptions péremptoires omises au début du procès peuvent être opposées avant le prononcé de la sentence, ainsi que le déclare expressément l'édit perpétuel. Que si la sentence a été rendue, on aura la ressource de la restitution *in integrum* (si l'on est mineur). Car la sentence rendue contre des majeurs de vingt-cinq ans, qui n'auraient pas opposé le moyen de la prescription, ne saurait être rescindée que par la voie de l'appel. »

Par conséquent, si la compensation s'opérait par l'exception de dol, on pouvait, au moins depuis Dioclétien, l'opposer en tout état de cause. L'innovation de Justinien ne saurait donc avoir consisté en cela.

(1) Gaius, IV, § 125. *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adjiciendæ exceptionis gratia. Dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæritur.*

Eisele a fait, pour réfuter cet argument, des efforts d'ingéniosité dignes d'une meilleure cause. Quant aux autres objections, à nos yeux décisives, il ne paraît pas les avoir aperçues.

Pour écarter la L. 2, C. 7, 50, il invoque plusieurs raisons.

1° L'exception de dol, dit-il, constitue sans doute d'ordinaire une exception péremptoire. Mais il en est autrement quand on l'invoque dans un but de compensation. En effet, les exceptions péremptoires, dit Gaius, sont celles : *quæ perpetuo valent, nec evitari possunt* (1). Or, l'exception de compensation peut être aisément évitée : il suffit de payer ce qu'on doit. Pour la même raison elle n'est pas perpétuelle, puisqu'elle ne peut être opposée au demandeur que tant qu'il n'a pas payé sa dette.

Réponse : Par un raisonnement identique on prouverait que les exceptions partielles ne peuvent jamais être péremptoires ni perpétuelles, parce que le demandeur peut les éviter en réduisant le chiffre de sa demande.

2° Admettons même, dit Eisele, que l'exception de dol reste péremptoire même quand on s'en sert pour opposer la compensation : elle ne doit pas moins faire exception à la règle, et l'on n'a pas dû restituer contre l'omission de cette exception-là. Celui qui a oublié de faire insérer une exception péremptoire va subir un préjudice considérable : il sera condamné, tandis qu'il aurait été absous ; aucun moyen pour lui de réparer ce préjudice. Au contraire, le défendeur qui a négligé d'invoquer la compensation ne subit aucun préjudice, puisqu'il garde sa créance.

Dès lors, la permission d'opposer les exceptions péremptoires en tout état de cause n'a pas dû s'appliquer à l'exception de compensation.

(1) Gaius, IV, § 12.

Mais ce raisonnement, si fondé qu'il puisse être au point de vue logique, manque de base dans les textes et ne serait même pas juste dans tous les cas. Celui qui n'a qu'une créance naturelle, par exemple, perd tout recours s'il ne l'oppose pas en compensation. Le fidéjusseur d'un débiteur insolvable subit également un préjudice irréparable, s'il omet d'opposer en compensation la créance appartenant au débiteur principal.

En résumé, quand il y aurait eu de bonnes raisons de soustraire l'exception de dol, lorsqu'elle est invoquée pour faire opérer la compensation, à la règle qui permet d'opposer les exceptions péremptoires en tout état de cause, cela ne prouverait nullement qu'on l'ait fait. Tout au contraire, la constitution de Justinien démontre que le danger des compensations *in extremis* existait déjà; c'est pour l'atténuer que l'empereur exige la liquidité. Pourquoi lui imputer d'avoir créé le mal pour y appliquer ensuite un remède ; il eût été bien plus simple de laisser les choses en l'état !

Ce système prend donc précisément le contre-pied des intentions de Justinien.

15. — Si l'innovation n'a point de portée quant au fond du droit, et si d'autre part elle n'a pas non plus d'importance au point de vue de la procédure (1), est-elle donc dénuée de tout intérêt ?

Oui ! selon la doctrine généralement reçue en France :

« Cet *ipso jure*, dit Ortolan (2), signifie seulement qu'en toutes les actions, soit réelles, soit personnelles, soit de bonne foi, soit de droit strict, la compensation à cette époque rentre toujours de droit dans l'office du juge. »

M. Accarias développe la même idée (3).

(1) Voyez toutefois la réserve faite plus bas au nº 16, p. 487, note 1.
(2) Nº 2199.
(3) Nº 913 *in fine*.

« Justinien, dit-il, a simplement voulu dire qu'une exception n'est plus nécessaire pour opposer la compensation. Telle est bien l'idée que suggère la première lecture des Institutes (IV, 6, § 30), mais elle a besoin d'être exactement comprise. Je ne prétends pas que la compensation figure désormais parmi les défenses tirées du fond, autrement cette explication se confondrait avec la précédente (1) et tomberait sous les mêmes critiques. C'est à la forme seulement que Justinien se réfère ; il emploie un langage qui était familier aux anciens jurisconsultes eux-mêmes, lorsqu'ils parlaient d'exceptions sous-entendues dans les *bonæ fidei actiones*. Dans de telles hypothèses les textes disent volontiers que le défendeur n'a pas besoin d'exception, qu'il est protégé *ipso jure* (2).

« Réduite à ces termes, sa décision n'est plus, si l'on veut, qu'une naïveté. Elle exprime un état de choses qui était la conséquence forcée de la disparition des formules. Aussi ne suis-je pas éloigné de croire que Justinien n'a pas attaché grande importance à ces mots *ipso jure* qui ont tant tourmenté les interprètes. La principale pensée de la phrase qui les contient est que désormais on ne fera plus de distinction entre les actions réelles et les actions personnelles. »

16. — Cette explication contient, sur un point, quelque chose de vrai. Le rédacteur de la Constitution 14 au Code n'a sans doute pas voulu, par cet *ipso jure*, toucher au fond du droit, ou s'il a eu quelque vague intention de ce genre, cela n'a été qu'un embryon d'idée, avortée avant d'être clairement conçue. Elle n'est jamais sortie des limbes où s'agitent confusément d'obscures velléités.

Pour qu'on puisse préciser la pensée d'un homme, il

(1) C'est-à-dire avec le système de la compensation légale.

(2) L. 28, D. *De act. empti*, 19, 1; L. 1, § 7, D. *Quarum rerum act.*, 44,5.

faut qu'il ait eu, en effet, une pensée déterminée. Si le sculpteur n'a fait qu'ébaucher le bloc, nous ne saurons jamais ce qu'il voulait en faire :

Sera-t-il dieu, table ou cuvette ?

surtout si le sculpteur n'en savait rien lui-même, et a tout simplement voulu rafraîchir l'extérieur d'un vieux marbre, hérité de ses prédécesseurs.

Mais si l'explication des auteurs cités plus haut contient à ce titre une part de vérité, il n'est pourtant pas possible de l'accepter telle quelle. Elle enlève toute portée à l'*ipso jure*. Toute disposition législative a une cause et un but ; cette cause peut être plus ou moins grave, ce but plus ou moins important, mais ils existent. L'*ipso jure* doit avoir eu une cause et un but *pratiques*.

Cette cause se révèle si l'on remarque la date de notre Constitution : 1er novembre 531. Depuis dix mois seulement la confection du Digeste était ordonnée ; on se trouvait encore dans la période de préparation, de lectures préalables, qui a dû précéder la composition des différents titres du Digeste. C'est une des constitutions faites pour faciliter la composition des Pandectes (1).

Il y en a eu de promulguées dans ce but : « *ad commodum propositi operis* », Justinien nous le dit expressément. Par exemple, dans une Constitution publiée quinze jours avant la nôtre (2), Justinien fusionne l'usucapion et la *præscriptio longi temporis* et supprime la distinction entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*. Dans une

(1) Constitution *Cordi nobis (de emendatione Codicis)*, § 1 : Postea vero cum vetus jus considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus, *quam alias, ad commodum propositi operis pertinentes, plurimas constitutiones promulgavimus.*

(2) L. 1, C. *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, 7, 31.

constitution antérieure (1), l'empereur avait supprimé toute distinction entre l'*in bonis* et le *dominium ex jure quiritium*.

Cette constitution mérite d'être citée intégralement :

« Bannissant par la présente décision un jeu *(ludibrium)* de l'antique subtilité, nous ne tolérons aucune différence entre les propriétaires ayant le *nudum* (2) *jus quiritium*, ou seulement l'*in bonis*. Nous ne voulons en effet laisser subsister ni cette distinction, ni le titre de (propriétaire) *ex jure quiritium,* véritable énigme qu'on ne voit nulle part dans la réalité, mot vain et superflu, épouvantail des étudiants novices, qu'il oblige à s'assimiler dès l'abord les inutiles dispositions du droit ancien. Nous voulons donc que chacun soit plein et légitime propriétaire de son esclave ou des autres choses qui lui appartiennent. »

Voilà une constitution qui ne vise évidemment que la *rédaction*, la *terminologie* du Digeste et n'a qu'un intérêt pédagogique, car, pratiquement, le *jus quiritium* avait depuis longtemps disparu dans les faits, Justinien le constate lui-même.

Ces décisions constituent visiblement des instructions données aux compilateurs pour la rédaction du Digeste.

(1) L. 1, C. *De nudo ex jure quiritium tollendo*, 7, 25. Elle est adressée à Julien, préfet du Prétoire, et est par conséquent de 530 ou 531.

(2) *Nudum (!)* jus quiritium. Il y a là une ignorance ou une étourderie impardonnables. Ce que veut la constitution, c'est assimiler le *dominium ex jure quiritium* et l'*in bonis*. Mais, quant au *nudum jus quiritium* (situation du propriétaire d'une *res mancipi* qui l'a vendue et livrée, vain titre s'il en fût), l'intention de l'empereur n'est sûrement pas de l'assimiler à l'*in bonis !* Chose invraisemblable et pourtant certaine, le rédacteur de cette constitution, a confondu le *dominium ex jure quiritium* avec le *nudum jus quiritium*. Et pourtant, c'était ou Tribonien lui-même, ou l'un de ses principaux acolytes, un professeur de droit peut-être; on le croirait à voir ses préoccupations pédagogiques et la sollicitude qu'il marque pour les étudiants.

Ils doivent y supprimer toute mention des *res mancipi* selon l'une, et du *dominium ex jure quiritium* selon l'autre.

De même, Justinien n'abroge guère que des mots qnand il dit dans la L. *unica*, C. *De rei uxoriæ actione*, 5, 13 : « *Taceat retentionum verbositas!* » Il n'a pas à coup sûr l'intention de diminuer les droits du mari ; il lui donne une action là où auparavant il n'avait que la rétention, sorte de compensation analogue à celle des actions de bonne foi ; mais le mari garde, bien entendu, le droit d'opposer la compensation à raison de ses impenses, des *res amotas*, etc. Justinien n'abroge donc que le mot de rétention. Cela est si vrai que lorsque les compilateurs rencontrent ce mot, ils s'empressent de le remplacer par celui de *compensatio*, témoin la L. 7, § 5, D. *Soluto mat.*, 24, 3 :

« Ob donationes, item ob res amotas, ex his fructibus qui post divortium percepti sunt, *compensationes* fieri possunt. »

L'*ipso jure* de la L. 14 C. h. t. a été écrit dans un but analogue. Les textes qu'il s'agissait de compiler distinguaient plusieurs moyens d'opérer la compensation : *compensatio*, *deductio*, *exceptio doli* (1), sans parler de la *mutua petitio*, qui mène indirectement à la compensation et qui a fini par absorber tous les autres. De là la rubrique de notre titre : *de compensationibus*, au pluriel.

Ce n'est plus par ces procédés surannés que le juge doit compenser. De toutes ces vaines subtilités des formules, comme disent les byzantins, il ne doit rien rester !

Ce n'est plus le Préteur avec ses actions et ses exceptions, c'est le droit civil lui-même dont l'empereur est l'interprète suprême, c'est l'*ipsum jus* qui admet dans

(1) On se rappelle que Justinien énumère lui-même ces procédés antiques dans la L. 11, D. *Depositi*, 4, 34.

tous les cas la compensation. Voilà ce que Justinien veut rappeler à ses commissaires ; à eux de mettre les mots d'accord avec les choses.

Par l'*ipso jure*, la constitution n'abroge donc que des mots (1) ; sur ce point nous sommes à peu près d'accord avec Ortolan et Accarias. La *compensatio*, la *deductio*, l'exception de dol, tous ces procédés avaient été inventés pour donner au juge le pouvoir de faire la compensation. Maintenant ce but est atteint, ce pouvoir il l'a de plein droit, et Justinien fait comme l'architecte qui dit à ses aides : « L'édifice est construit, abattez l'échafaudage ! »

A ce point de vue, l'*ipso jure* a donc une portée pratique. Il faut bien qu'il en ait une. C'est une instruction donnée aux compilateurs, c'est un programme qui leur est tracé. Malheureusement ils ne l'ont pas compris.

Au lieu de se borner à effacer les traces des anciens procédés et de leurs résultats spéciaux — c'était tout ce qu'on leur demandait — les compilateurs, s'attachant à la lettre de leur mission, l'ont exécutée mécaniquement, et se sont crus obligés d'interpoler *ipso jure* dans les textes qu'ils colligeaient. Cette erreur, nous l'avons montré (2), n'a pas été seulement le fait d'un compilateur isolé ; plus d'un a pris le change.

(1) Cependant il y aurait ici à faire une très légère réserve. Justinien veut effacer toute trace des anciens procédés de compensation. Celui qui avait absorbé tous les autres, c'était la demande reconventionnelle. Or, à supposer que la *mutua petitio* fût, sous la procédure extraordinaire, soumise à certaines formes (voyez ci-dessus, chap. IV, n° 4, p. 234), Justinien abrogerait la nécessité d'intenter une demande reconventionnelle et par conséquent d'employer les formes (?) voulues pour cette demande. La compensation serait opposée comme un simple moyen de défense. Voilà tout ce qu'il peut y avoir de vrai dans les systèmes qui voient dans l'*ipso jure* une réforme de procédure : il n'y a plus besoin de demande reconventionnelle. Mais le rédacteur de la constitution a eu une pensée plus générale, qui englobait celle-là, il a voulu qu'il ne fût plus question de tous les anciens procédés de compensation, y compris la demande reconventionnelle.

(2) Voyez plus haut le n° 11 de ce chapitre, p. 461 et s.

A l'appui de cette idée on peut relever une circonstance significative.

On sait que les compilateurs du Digeste s'étaient divisés en trois sous-commissions chargées chacune de lire un lot d'ouvrage, une *série* comme on dit. Or, au Digeste, les trois textes où *ipso jure* a été intercalé appartiennent à trois séries différentes, savoir : la L. 4 à la série Sabinienne, la L. 10 à la série Edictale, la L. 21 à la série Papinienne. Les sous-commissions ont même marqué leur zèle en interpolant les mots *ipso jure* deux fois de suite dans chacun de ces textes, sauf le dernier, trop bref pour que ce redoublement y fût matériellement possible. La commission de revision du Code n'a pas manqué de suivre la même voie; elle s'est crue aussi tenue d'intercaler l'*ipso jure* dans celui des rescrits du titre qui s'y prêtait le mieux, la L. 4 C. h. t., ou pour mieux dire le seul qui s'y prêtât.

Le nombre de textes interpolés correspond ainsi exactement au nombre des commissions qui ont exécuté le travail. Si les compilateurs n'en ont pas interpolé davantage, c'est qu'ils étaient excessivement pressés et que la plupart des textes ne se prêtaient point, ou se prêtaient fort malaisément, à cette modification, surtout si l'on se rappelle que plusieurs commissaires au moins interprétaient cet *ipso jure* dans le sens de compensation s'opérant par la force de la loi, *sine facto hominis* (1). Avec la légèreté dont ils nous ont laissé tant de preuves, la plupart des compilateurs, sinon tous, ont pris le change. Dans ce qui n'était que l'indication des retouches de forme à faire aux textes compilés, ils ont cru voir une modification portant sur le fond du droit, et ont ainsi plongé les commentateurs de leur œuvre dans un abîme d'obscurités et de contradictions.

(1) Voyez ci-dessus, n° 11, p. 461 et s.

Section IV. — Exclusion de la compensation dans certains cas.

17. La compensation est exclue en cas de dépôt. Droit de l'époque classique sur ce point. Constitution de Justinien, L. 11, C. 4, 34. — Cela signifie que la demande reconventionnelle du dépositaire ne peut être jugée qu'après la sentence rendue sur la demande du déposant, et qu'elle n'en saurait retarder l'exécution. En outre, cela supprime le droit de rétention pour impenses, dont jouissait le dépositaire. Situation du commodataire L. 4, C. 4, 23. — 18. L'usurpateur sans titre ne peut pas non plus opposer la compensation, ce qui signifie tout simplement que sa *mutua petitio* ne suspendra ni le jugement de la demande principale, ni l'exécution de ce jugement. — 19. Explication des articles 1293, 1885 du Code civil. Compensation y est pris dans le sens de : demande reconventionnelle. Le spoliateur, le dépositaire et le commodataire sont non recevables à faire valoir leurs créances par voie de demande reconventionnelle, sauf, dans les deux derniers cas, celles nées *ex eadem causa*. — 20. Créances d'aliments. Dispositions du Code civil. Discussion des bases de cette exception. La L. 3, C. h. t., ne tranche la question que pour les aliments dus à des cités. — 21. Privilèges du fisc et des cités.

17. — La constitution que nous étudions (1) après avoir prescrit la liquidité, après avoir recommandé aux juges de se montrer sévères à cet égard et de renvoyer la demande reconventionnelle à un examen ultérieur, si elle exige trop de temps, ajoute :

Excepta actione depositi, secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

Cette disposition n'est pas du tout à sa place, comme le remarque avec raison Eisele (2). Elle aurait dû suivre immédiatement la première phrase de la constitution, car, après avoir dit de renvoyer la demande reconventionnelle *ad separatum* si elle est trop compliquée, ajouter : « excepté l'action de dépôt », c'est s'exposer à laisser croire que la liquidité n'y est pas exigée, tandis que l'empereur

(1) L. 14, C. *De compensationibus*, 4, 31.
(2) P. 351.

veut dire, et dit en effet quelques mots plus loin, que c'est la compensation qui y est proscrite.

Je crois, pour ma part, que le rédacteur de la constitution avait écrit d'un premier jet la phrase initiale et la phrase finale de la constitution :

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda, excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

Ainsi rédigée, la constitution présentait, plus clairement que dans son état actuel, le caractère d'instruction à l'adresse des compilateurs, que nous lui avons reconnu à propos de l'*ipso jure*. Puis le rédacteur, ou celui qui a revu son travail, frappé de l'idée qu'on pourrait interpréter la phrase en ce sens que la compensation était imposée au juge dans tous les cas, s'est empressé d'ajouter, après *nulla differentia... observanda*, le verbeux développement que l'on sait sur la liquidité.

Quoi qu'il en soit, le texte nous renvoie à la constitution, 11, C. *Depositi*, 4, 34, rendue deux ans plus tôt (1).

« Si quelqu'un a reçu de l'argent ou des objets quel-

(1) *Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere illico, modis omnibus compellatur, nullamque compensationem, vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias prætendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.* — § 1. *Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis præpeditio oriatur, sed depositæ quidem res, vel pecuniæ, ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum qui primus hoc voluerit, et postea legitimæ actiones integræ ei reserventur.*

Remarquez cette hypothèse, d'une invraisemblance bien byzantine, de deux personnes se prenant réciproquement pour dépositaires, chacune d'elles pensant que l'objet déposé sera plus en sûreté chez le voisin!

conques à titre de dépôt, qu'il soit contraint par toutes les voies de droit de les rendre à la première réquisition du déposant, et qu'il n'oppose ni compensation, ni déduction, ni exception de dol, sous prétexte qu'il a lui-même contre le déposant des actions personnelles, réelles, ou hypothécaires. En effet, il n'a pas reçu le dépôt pour se procurer une rétention qui lui est refusée, et un contrat qui découle de la bonne foi ne doit pas aboutir à une perfidie.

« § 1. Mais, même dans le cas où le dépôt serait réciproque, nous écartons la compensation et ses retards; l'argent ou les objets déposés doivent malgré tout être restitués d'urgence, et d'abord à celui qui en aura fait le premier la demande, le dépositaire conservant d'ailleurs intactes ses actions contre le déposant. »

Pour l'intelligence de cette disposition, souvent bien mal comprise, il est nécessaire de préciser l'état du droit sur ce point avant Justinien.

Le dépositaire qui avait fait des impenses pour la conservation de la chose déposée, par exemple nourri l'esclave qu'on lui avait donné à garder, pouvait réclamer le remboursement de ses frais devant le juge saisi de l'action par le déposant.

Actione depositi servi conventus, cibariorum nomine apud eumdem judicem utiliter experitur (1).

Ce droit subsiste sous Justinien; aussi ce texte a-t-il été reproduit au Digeste (2).

Pour ces impenses, le dépositaire jouissait du droit de rétention; un autre texte de Modestin, conservé aussi par

(1) Modestin, dans la *Collatio leg. mos. et rom.*, X, 2, § 5.

(2) L. 23, D. *Depositi*, 16,2. Pour expliquer qu'il s'agit d'un esclave, après « *conventus* » les compilateurs ajoutent dans leur latin baroque : « *servo constituto* », c'est-à-dire : « s'agissant d'un esclave », littéralement : « un esclave *étant* ». On sait qu'ils emploient souvent *constitutus* pour signifier *étant*. Voy. Henri Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 102, note 2.

la *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*, X, 2, § 6, le montre clairement :

Res deposita si subripiatur, dominus duntaxat habet furti actionem, quamvis ejus apud quem res deposita est intersit, ob impensas in rem factas rem retinere (1).

On sait que l'action de dépôt est arbitraire. Ainsi le juge donnait au dépositaire l'ordre de restituer, moyennant que le déposant lui remboursât la somme à laquelle l'*arbitrium* avait fixé le montant des impenses. C'est de la sorte que le droit de rétention trouvait sa sanction. Le déposant ne pouvait prétendre que le dépositaire n'exécutait pas l'*arbitrium* et requérir condamnation contre lui, tant qu'il ne l'avait pas remboursé.

Voici maintenant un dernier texte dont les précédents faciliteront l'intelligence : Paul, Sentences, II, 12, § 2 :

In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est (2).

Nous avons déjà sommairement expliqué ce texte (3). Il convient de développer ici l'explication.

Une remarque préalable :

Paul suppose que la chose déposée n'a pas péri. C'est dans cette hypothèse, c'est-à-dire dans le cas normal, qu'il se place, puisqu'il ajoute : « *sed res ipsa reddenda est.* »

(1) « Si la chose déposée est volée, le propriétaire seul a l'action de vol, bien que le dépositaire ait intérêt à retenir la chose à raison des impenses qu'il y a faites. » La L. 15, § 2, D. *De furtis*, 47,2, donne, presque dans les mêmes termes, la rétention au commodataire. Ce dernier texte est de Paul.

(2) Il est assez étrange que ce texte, qui s'accordait si bien avec la constitution de Justinien, n'ait pas été inséré au Digeste, alors que les compilateurs y ont mis un fragment très voisin, tiré du même livre et du même titre des Sentences (L. 29, D. *Depositi*, 16,3). Est-ce par oubli ? Est-ce parce qu'alors Justinien eût paru s'être donné à tort le mérite de cette disposition ? Ne serait-ce pas tout simplement parce qu'il a paru inutile comme faisant double emploi avec la L. 11, C. *Depositi*, dont la publication ne remontait pas à plus de trois ou quatre ans?

(3) Voyez plus haut, section II, n° 4, *in fine*, p. 421.

C'est aussi ce que suppose la constitution de Justinien ; c'est donc dans cette hypothèse-là que nous devons nous placer pour donner à ces textes leur véritable interprétation.

Cela posé, le dépositaire peut vouloir opposer en compensation des créances nées soit *ex eadem causa*, soit *ex alia causa :*

1° Créances *ex eadem causa.* — Paul ne peut pas vouloir refuser au dépositaire la *rétention* pour ses créances nées *ex eadem causa*, puisque Modestin, disciple d'Ulpien, ayant vécu par suite du temps de Paul et un peu plus tard, constate qu'elle lui est accordée (1).

En outre, Paul, dans le texte des Sentences, parle de compensation, non de rétention. C'est la compensation qui est proscrite, et non pas la rétention.

La compensation est proscrite, disons-nous. En effet, dans d'autres actions de bonne foi, celle de vente par exemple, le juge tiendrait compte des obligations du demandeur. Si le vendeur ne livre pas la totalité de la chose vendue, il doit une indemnité pécuniaire, mais il pourra opposer en compensation sa créance en paiement de la portion du prix correspondante à la partie livrée. Il ne sera donc condamné qu'à la différence.

Dans le cas de dépôt, le caractère arbitraire de l'action empêche la compensation. Au lieu d'estimer les deux créances et de compenser, le juge doit rendre un *arbitrium* ordonnant au défendeur de restituer, si le demandeur rembourse les impenses. Donc, de deux choses l'une : ou le demandeur paye les impenses, et alors le dépôt est restitué, ou il ne les rembourse pas, et alors le dépositaire exerce son droit de rétention sur l'objet. Mais, comme il serait gênant pour lui de le conserver indéfiniment, rien ne l'empêche d'intenter contre le demandeur, soit devant

(1) *Collatio legum Mos.*, X, 2, § 6, reproduit plus haut, p. 492.

le même juge par une *mutua petitio*, soit par une procédure distincte, l'action *depositi contraria*, d'obtenir une condamnation et de la faire exécuter. D'ailleurs, jusqu'à ce qu'il soit intégralement désintéressé, il garde l'objet comme un gage.

On voit que dans aucun cas il n'y aura lieu à compensation, s'il s'agit de créances nées *ex eadem causa*.

2° Créances *ex dispari causa*. — Si le dépositaire avait des créances nées d'autres causes, il pouvait sans doute intenter une *mutua petitio*. Mais, du moins tant que dura la procédure formulaire, je ne vois pas bien le profit qu'il en pouvait retirer. Le juge sur l'action *depositi* rend un *arbitrium* ordonnant la restitution, et à défaut de restitution, prononce une condamnation pécuniaire. Dira-t-on que cette condamnation ne pourra être exécutée avant le jugement rendu sur la demande reconventionnelle (1)? Mais le sursis à l'exécution de la sentence principale, jusqu'au prononcé de la sentence sur la demande reconventionnelle, n'éviterait pas au dépositaire l'infamie qu'il encourra infailliblement s'il n'exécute pas l'*arbitrium* et se laisse condamner. Il faudra donc bien qu'il restitue. Par suite, il y a lieu de croire que les constitutions de sursis ne s'appliquaient pas ici. D'ailleurs, nous allons voir à l'instant (pp. 495, 496) qu'elles ne s'appliquaient sûrement pas au cas du commodataire. Par analogie, il devait en être de même dans l'hypothèse d'un dépôt.

Mais, sous l'empire des *judicia extraordinaria*, pendant les deux siècles de décadence et d'ignorance qui séparent la fin de l'époque classique des travaux de Justinien, il est très possible qu'on ait souvent appliqué ici à tort les constitutions de sursis. Le juge-magistrat, lorsque le

(1) En vertu des constitutions de sursis précédemment étudiées (chap. IV). Voy. L. 1, § 4. D. *Quæ sententiæ*, 49,8.

dépositaire intentait une demande reconventionnelle, a pu se laisser aller à estimer en argent la chose déposée, pour procurer au dépositaire le bénéfice de la compensation. Justinien a voulu réagir contre cet abus, qui ne pouvait guère se produire à l'époque formulaire.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement la compensation que Justinien prohibe, c'est la rétention (1) admise à l'époque classique pour les impenses. La constitution est aussi formelle que possible ; elle veut que le dépôt soit restitué « *illico, sine ullo obstaculo* », et réserve du reste au dépositaire ses actions, qu'il pourra exercer une fois la restitution faite. Sa *mutua petitio* fût-elle basée sur une impense nécessaire, fût-elle aussi liquide que possible, ne doit pas retarder un seul instant la restitution. Les constitutions de sursis sont donc abrogées en ce cas, comme en celui de créance non liquide.

En résumé, sous Justinien le dépositaire ne peut opposer de rétention, et sa demande reconventionnelle est nécessairement renvoyée *ad separatum*. L'empereur innove certainement sur le premier point.

Quant au commodataire, son droit de rétention pour créances nées *ex eadem causa* est incontestablement maintenu (2) ; mais, dès la fin du système formulaire, il lui était interdit d'opposer en compensation des créances *ex alia causa ;* en d'autres termes, la *mutua petitio*, qu'il pouvait intenter à cet égard, n'avait pas d'effet suspensif ; les constitutions de sursis ne s'appliquaient pas à ce cas.

Tel est le sens d'un rescrit de Dioclétien de l'année 294 :

(1) Ce point a été contesté, mais les termes de la constitution nous paraissent trop absolus et trop généraux pour permettre l'hésitation : *Nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat... ut non concessa ei* RETENTIO *generetur* (L. 11, C. *Depositi*, 4,34)

(2) L. 15, *in fine*, D. *De furtis*, 47,2. Par conséquent, même sous Justinien, le commodant n'obtient condamnation que s'il rembourse les impenses. La question de compensation ne peut s'élever en ce cas.

L. 4, C., *De commodato*, 4, 23 : *Pretextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.*

« C'est à tort qu'on refuse la restitution d'un commodat sous prétexte d'une dette du commodant. »

Cette solution est un argument de plus à l'appui de l'idée que les constitutions de sursis ne s'appliquaient pas non plus en cas de dépôt. Si des créances reconventionnelles nées *ex alia causa* ne doivent pas retarder la restitution d'une chose prêtée, parce que ce serait mal reconnaître le service rendu par le commodant, on a dû admettre la même règle pour le dépositaire par un autre motif : ce serait de sa part abuser de la confiance du déposant (1).

Reste une dernière question. La compensation serait-elle admise en cas de dépôt ou de commodat, si la chose avait péri par la faute du commodant, par le dol du dépositaire, ou après leur mise en demeure ? Eisele enseigne que la compensation serait admise. A l'appui de cette idée on pourrait dire qu'on se trouve ici tout à fait en dehors du cas prévu par Paul et par Justinien, il ne s'agit pas du cas où le dépositaire, etc., ne veut pas restituer (2) ; il

(1) Cujas (ad. tit. Cod. *de Commodato)* pensait que la L. 4 en question parlait de dépôt et non de commodat : il y lisait *commendati* et non *commodati*. On sait que *commendare* signifie déposer : L.L. 6 et 9. C. *Depositi*, 4, 34, L. 24, D. *eod.*, 16, 3. Mais cette conjecture n'a pas de base sérieuse, car la disposition s'explique très bien. Cujas invoque le passage des Institutes où Justinien dit : *excepta sola depositi actione*, Inst., IV, 6, § 30, pour prouver que la compensation n'était exclue que dans la *seule* action de dépôt. Comme si les rédacteurs des Institutes pesaient tous leurs mots et possédaient une science infaillible !

Pothier, *Prêt à usage*, n° 44, rattache la règle à l'idée qu'on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain, telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée, ce qui le conduit à décider que, si la chose prêtée avait péri par la faute du commodataire, la compensation serait admise. Mais voyez ci-après p. 497 et 509.

(2) Si le juge se voyait obligé d'en venir à une condamnation pécuniaire parce que le défendeur cache l'objet déposé, la compensation bien entendu resterait interdite.

s'agit du cas où il ne le peut pas. Les motifs de la constitution, pourrait-on dire, ne s'appliquent nullement ici ; il s'agit, en effet, pour Justinien, d'accélérer la restitution du dépôt, restitution qui n'est plus possible. Dès lors nous rentrons dans la règle qui admet la compensation dans tous les cas, même lorsque la dette principale naît d'un délit (1).

Malgré ces raisons, qui ne sont pas sans valeur, nous adoptons plutôt l'opinion de Dernburg (2), parce que la doctrine d'Eisele est trop dangereuse en pratique. Pour se procurer la compensation, le commodataire avouera une faute légère, le dépositaire une faute lourde, assimilée au dol, comme on sait, et garderont en secret l'objet. Ainsi ils aboutiraient à leurs fins, qui sont de recouvrer leur créance en profitant du dépôt ou du commodat. Or, l'intention du législateur est évidemment celle-ci : au point de vue de la compensation, la situation du dépositaire ou du commodataire doit rester ce qu'elle eût été si le dépôt ou le commodat n'avait pas eu lieu.

18. — Voici, enfin, la dernière innovation de Justinien : la compensation est refusée au spoliateur.

L. 14, C. h. t., § 1 : *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.*

« La compensation est aussi refusée à ceux qui se sont mis illégalement *en possession* du bien d'autrui.

Par spoliation, il faut entendre le fait de se mettre en possession, de son autorité privée, d'un bien appartenant à, ou seulement possédé par autrui.

Cette disposition peut servir de pierre de touche pour

(1) L. 10, § 2, D. h. t. Ce texte, en tant qu'il admet la compensation contre la *condictio furtiva*, a été inséré par inadvertance au Digeste. En effet, il est en contradiction avec la disposition de Justinien qui refuse la compensation au spoliateur, voy. le numéro suivant.

(2) Dernburg, p. 514. *Contra*, Eisele, p. 353.

juger le système que nous avons adopté. Si on l'admet, l'explication de la disposition concernant les usurpateurs est des plus simples.

Nous avons déjà fait remarquer à plusieurs reprises (1) que les textes, depuis l'époque classique, entendent souvent par *compensatio* une *mutua petitio* pouvant mener à une compensation.

Eh bien, ici, sous le nom de compensation, c'est la *mutua petitio* que Justinien veut interdire.

Cette doctrine n'est pas nouvelle. Godefroy, dans une note sur L. 1, C. *Rerum amotarum*, 5, 21, avait déjà dit : « *Mutuæ petitionis objectio compensatio est.* » Mais il n'avait pas été compris de tout le monde, car Toullier lui-même (t. VII, nº 405), citant ce passage, après le mot *objectio*, met entre parenthèses *(l'objet)*, ce qui est un contresens, car il fait dire à Godefroy que *l'objet*, en d'autres termes *le but*, de la demande reconventionnelle est une compensation, tandis que Godefroy proclamait avec raison, que *le fait d'opposer* une demande reconventionnelle *(mutuæ petitionis objectio)* constitue ce que les textes entendent par compensation. Godefroy ajoutait : *Et proinde quarum rerum inter se compensatio non est, nec retentio, nec mutua petitio est.* « Et, par conséquent, là où il n'y a pas de compensation, il n'y a ni rétention, ni *mutua petitio* possible » (2). Évidemment! puisque, dans le langage des textes, c'est la même chose.

(1) Notamment chap. IV, § 12, p. 259 et s. Voy. surtout, L. 1, C. *Rerum amotarum*, 5,21, où *compensatio* est évidemment pris dans le sens de *mutua petitio*. — Voy. aussi L. 36, D. *De adm. et per. tut.*, 26,7, textes que nous avons commentés, *loc. cit.*

(2) Toullier, *loc. cit.*, cite Brodeau qui disait, à propos de l'art. 106 de la Coutume de Paris : « La reconvention n'est point reçue ès choses où la compensation n'a point de lieu ». — Ainsi, ajoute Toullier, le dépositaire, etc., ne peuvent former de reconvention contre la demande en restitution d'un dépôt, etc. La jurisprudence moderne a parfaitement saisi le sens pratique de la loi, en appliquant à la compensation *judi-*

On connaît l'effet de sursis produit par la demande reconventionnelle, en vertu de constitutions impériales auxquelles on n'a pas prêté assez d'attention, et qui jouent pourtant dans notre matière un rôle si important.

Eh bien ! Justinien veut tout simplement dire que celui qui s'est mis sans titre en possession du bien d'autrui ne saurait retarder par des demandes reconventionnelles, si liquides qu'elles puissent paraître, le jugement de la demande en restitution (action réelle ou interdit possessoire, par exemple), ni l'exécution de ce jugement.

Spoliatus ante omnia restituendus !

Après qu'il aura reçu la réparation qui lui est due, on pourra examiner la demande reconventionnelle du spoliateur.

Depuis la Novelle 96, qui rend la demande reconventionnelle obligatoire (1), on pourrait croire qu'elle devra en effet être examinée, mais je me demande si Justinien n'a pas eu même l'intention, quand il a fait la L. 14, C. h. t., de prohiber toute demande reconventionnelle contre une action basée sur une spoliation, et d'obliger le défendeur à se pourvoir par action principale, s'il a quelques droits à faire valoir.

S'il en est ainsi, il faut maintenir cette prohibition même après la Novelle 96, en vertu de la règle : *specialia generalibus derogant.*

ciaire ce que le Code dit de la compensation. Voy. *Pandectes françaises*, v° *Obligations*, n° 6085 : « Les exceptions aux principes, admises pour la compensation légale (nous verrons tout à l'heure que ces exceptions n'y sauraient trouver d'application) sont également applicables à la compensation judiciaire, et notamment celles qui sont relatives à la cause des dettes. Ainsi le spoliateur, le dépositaire, l'emprunteur, le débiteur d'une pension alimentaire ne pourraient invoquer reconventionnellement la compensation sur la poursuite du propriétaire dépouillé, du déposant, du prêteur, ou du créancier des aliments : Toullier, t. VII, n° 408; Laurent, t. XVIII, n° 482 ».

(1) Voyez chapitre IV, § 4, p. 236.

L'interdiction de la compensation n'est donc en somme ici que l'interdiction de toute demande reconventionnelle.

C'est la seule interprétation rationnelle ; pour la bien comprendre, il faut se rappeler qu'en vertu de constitutions impériales l'existence d'une demande reconventionnelle faisait surseoir au jugement, ou tout au moins à l'exécution du jugement sur la sentence principale (1). Moyen trop commode pour l'usurpateur de retarder la restitution ! Moyen qui aurait pu pousser aussi le créancier de sommes liquides à s'emparer du bien de son débiteur et à se garnir ainsi les mains jusqu'au moment où, muni d'une sentence exécutoire, il aurait pu procéder à une saisie *(pignus ex causa judicati captum)* sur l'objet non encore restitué par suite du sursis.

Si l'on ne se met pas bien en tête que compensation et reconvention sont ici synonymes, on se perd en conjectures sur la portée pratique de la disposition relative à l'usurpateur. C'est ce que font la plupart des auteurs, quand ils ne gardent pas le silence sur la difficulté, comme le font Eisele, p. 355, et Dernburg, p. 511 et suiv. Cette difficulté existe pour eux, parce qu'ils exigent pour la compensation deux dettes portant sur des choses fongibles de même espèce. Or, ici c'est un corps certain que le spolié peut réclamer, soit par une action personnelle (interdit possessoire, par exemple), soit même par une action réelle, en sorte que la plupart du temps il n'y aura pas même *deux* dettes, mais une seule, celle dont le spolié peut être redevable.

Nous savons, au contraire, que le droit d'opposer la compensation, dans le dernier état du droit romain, *n'est*

(1) L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49,8, texte si important, qu'on peut le considérer comme la clef de l'évolution historique de la compensation à partir de Marc-Aurèle inclusivement. Nous l'avons longuement commenté au chapitre IV, p. 248 et s.

pas autre chose que la faculté d'intenter une demande reconventionnelle, ce qui procure d'abord l'avantage d'un sursis, puis celui de faire constater et liquider même, si cela ne demande pas trop de temps, une créance qui pourra alors neutraliser les effets de la condamnation subie sur la demande principale, dans le cas bien entendu où les deux condamnations porteraient sur de l'argent ou sur des quantités fongibles entre elles.

Alors il n'y a plus la moindre difficulté pour expliquer les cas où la compensation est refusée : c'est tout simplement l'interdiction de la demande reconventionnelle et de ses conséquences (1).

19. — Le Code civil, tout en proclamant le principe de la compensation légale, n'en a pas moins reproduit les prohibitions de la loi romaine en cas de dépôt, de commodat et de spoliation :

Art. 1293. — « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : 1° de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; 2° de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage ; 3° d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables. »

Art. 1885. — « L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. »

Les exceptions indiquées dans les deux premiers paragraphes présentent une difficulté commune. Le Code civil proclame le principe de la compensation légale, et selon lui la compensation ne s'opère que si les deux obligations ont

(1) Dernburg *(loc. cit.)* a cependant entrevu la véritable portée de la constitution. « On est tenté de penser principalement au cas où l'on s'empare des choses d'autrui, précisément dans le but de se procurer la compensation. Mais, là ne se borne pas le but de la constitution. Elle veut que ce qui a été obtenu illégalement *soit restitué sans délai*, sans que l'on admette des exceptions qui n'ont pas trait à la chose même, et qu'ainsi l'acte injuste en la forme soit immédiatement réparé. »

pour objet des choses fongibles entre elles. Or, l'objet d'une demande en restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage, n'est-il pas toujours un corps certain? Dès lors comment comprendre que le Code présente comme exceptions à la règle des cas complètement en dehors de sa sphère d'application?

Examinons d'abord le cas de spoliation.

« Les rédacteurs du Code, dit M. Desjardins (1), ont traduit l'ancien adage : *Spoliatus ante omnia restituendus*; mais quelle application en faire dans le droit actuel? On peut l'entendre du cas où celui qui doit restituer a détruit la chose et est redevable de dommages-intérêts. »

(Lorsqu'il s'agira d'argent ou de denrées, par exemple, le spoliateur aura confondu les pièces de monnaie avec l'argent de sa caisse, consommé les denrées, ou les aura dispersées chez un grand nombre d'acquéreurs).

Toutefois M. Desjardins n'adopte pas cette explication, parce que le Code n'indique pas qu'il ait prévu cette transformation de l'obligation pour frapper le débiteur.

« Il est probable, dit-il, que les rédacteurs ont confondu une fois de plus les choses fongibles avec celles qui se consomment par le premier usage. Pierre vole de l'argent : cet argent est un corps certain. Paul, à qui il appartenait, en reste propriétaire, mais il ne tient pas à ce que Pierre lui rende les pièces mêmes qui ont été volées. Au moins faudra-t-il un paiement réel ; la compensation ne suffirait pas. »

Il résulterait de là que la disposition en question n'aurait aucune portée ; en effet, elle ne s'appliquerait pas quand l'objet ravi existe encore en nature, parce qu'alors la compensation est exclue pour défaut de fongibilité. Elle ne s'appliquerait pas non plus au cas où le spoliateur a consommé ou détruit l'objet, parce que le Code n'aurait pas prévu cette transformation de l'obligation.

(1) P. 411.

Il vaut mieux interpréter l'article dans un sens où il peut avoir quelque effet.

Et d'abord nous l'appliquerons au cas où le spoliateur a consommé ou détruit l'objet. Autrement, en volant de l'argent à son débiteur, il arriverait précisément à ses fins, que l'esprit de la loi réprouve visiblement.

Mais nous croyons qu'il faut, en outre, donner à cette disposition une portée plus large.

Supposons l'objet existant, c'est autre chose que de l'argent ou des denrées, c'est un meuble ou un immeuble. Le Code civil, en reproduisant la disposition de Justinien, l'a fait précisément dans le même esprit et dans le même but que l'empereur byzantin. C'est le vieil adage : *spoliatus ante omnia restituendus,* rappelé par Pothier (1), que le Code a entendu consacrer. Il a voulu opposer une fin de non recevoir absolue contre toute demande reconventionnelle du spoliateur.

On sait que, suivant notre jurisprudence actuelle, la demande reconventionnelle est recevable dans deux cas :

1° Quand elle est connexe à la demande principale ;

2° Quand elle tend à lui servir de défense. L'une des hypothèses comprises dans ce cas est celle où le défendeur veut faire liquider une créance reconventionnelle qui ne remplit pas les conditions légales, afin de l'opposer ensuite en compensation à la demande principale.

Or, même quand l'objet existe en nature, la demande reconventionnelle peut, à ce point de vue, servir de défense à la demande principale, qui comprendra toujours un chef relatif aux dommages-intérêts dus pour la spoliation.

Enfin, la demande reconventionnelle peut se rapporter à l'objet enlevé et, par là, être connexe à la demande principale. Le défendeur, par exemple, s'en prétend propriétaire.

(1) Toullier, t. VII, n° 411.

Au commencement de ce siècle, Toullier disait de la demande reconventionnelle :

« L'effet principal et, aujourd'hui, presque le seul effet de la reconvention, est de faire instruire et juger en même temps la demande principale et la reconventionnelle. C'est ce que les docteurs appellent : « *processus simultaneus* ». En sorte que, quoique la demande principale soit juste et vérifiée, quoique la légitimité n'en soit pas contestée, le juge doit suspendre la condamnation jusqu'au temps où la demande reconventionnelle sera instruite, pour prononcer sur le tout par un seul et même jugement. »

Il cite : L. 1, § 4. D. *Quæ sententiæ*, 49, 8 ; L. 6, C. h. t.; L. 1, C. *Rer. amot.*, 5, 21 (1).

Chez nous, cependant, le juge n'est pas forcé, comme il l'était en droit romain, de statuer en même temps sur les deux demandes ; il a un pouvoir d'appréciation très large et peut juger d'abord la demande principale, si la demande reconventionnelle lui paraît entraîner trop de retardement, mais il aura été valablement saisi de la demande reconventionnelle et statuera ultérieurement à son égard.

Eh bien ! l'intention du législateur nous paraît avoir été de repousser, dans le cas de spoliation, toute demande reconventionnelle, ou tout au moins d'exiger que la demande principale soit toujours jugée en premier lieu: *spoliatus ante omnia restituendus !* C'est une disposition de procédure. La règle a donc chez nous exactement le même sens que dans la législation de Justinien, et c'est le cas de répéter ici avec Brodeau, cité par Toullier :

« La reconvention n'est point reçue ès choses où la compensation n'a point de lieu (2). »

On voit qu'il n'y a pas de lacune dans la tradition, et

(1) *Obligations*, partie III, chap. IV, § 1.
(2) Toullier, t. VII, n° 408.

qu'elle a traversé intacte notre ancien droit pour venir inspirer le Code civil.

Arrivons au cas de dépôt.

Chez nous, le dépositaire jouit incontestablement du droit de rétention pour ses créances *ex eadem causa*, comme les dépenses faites pour la conservation de la chose (1); tandis que, selon nous, la constitution de Justinien lui avait retiré même ce droit. Quelle est alors la portée de l'article 1293 ?

« Les choses qui forment l'objet d'un dépôt régulier ne pouvant être fongibles (art. 1932), disent Aubry et Rau (2), et la compensation ne pouvant s'opérer qu'entre choses fongibles (art. 1291), il faut supposer, pour expliquer l'utilité de la disposition dont s'agit, que le législateur n'a entendu parler ici que d'un dépôt irrégulier, par exemple de celui d'une somme d'argent qui, d'après l'intention commune des parties, ne doit pas nécessairement être restituée au moyen des mêmes espèces monnayées : Pothier, *Obligations*, n° 625 ; Toullier, VII, n° 385 ; Duranton, VII, 448, Delvincourt, II, p. 578 (3). »

Comme cette ingénieuse explication ne peut être donnée ni pour le cas de spoliation ni pour celui de prêt à usage, que le Code mentionne en même temps, son caractère artificiel saute aux yeux. Elle ne peut correspondre à l'esprit de la loi, qu'on ne confondra pas avec les intentions plus ou moins confuses de ceux qui l'ont rédigée

(1) Code civil, art. 1948.

(2) § 327, note 3.

(3) *Quid* des intérêts qui pourraient être dus dans ce cas par le dépositaire? Dernburg, p. 515, distingue avec raison. La compensation sera admise en ce qui touche les intérêts conventionnels, car ils sont dus en vertu d'un contrat spécial, indépendant du dépôt. Mais la compensation ne pourra être invoquée contre le demandeur réclamant les intérêts légaux, car ils ne sont ici qu'une dépendance de la créance principale en restitution et doivent jouir des mêmes avantages : *Non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una*, L. 4, C. *Depositi*, 4, 34.

où votée. Il y avait là une exception traditionnelle que le Code a conservée aussi par tradition ; il s'agit seulement d'en bien comprendre le but et de l'appliquer dans le sens de ce but.

Le but de la loi ! Mais c'est la règle d'interprétation par excellence, ou pour mieux dire, le principe unique. Qui connaît bien le but de la loi l'interprètera sainement, malgré l'imperfection de ses formules, malgré toutes ses obscurités ou ses contradictions apparentes.

Or, il n'est pas un seul instant douteux que le Code civil n'ait voulu réaliser, en reproduisant cette vieille exception, précisément le même résultat équitable qu'avait en vue Justinien quand il l'a créée.

Eh bien, quand on étudie de près les trois cas prévus par le Code, on sent que, s'il les rapproche, c'est qu'une même idée s'en dégage et dicte la solution.

Il serait scandaleux qu'un créancier tirât profit, pour le recouvrement de ses créances, de la *spoliation*, de la *confiance* ou de la *complaisance* de son débiteur.

La compensation est un moyen rapide et souvent très avantageux de recouvrer ses créances : la loi la refuse à ce créancier. Son esprit n'est donc pas douteux. Il nous mène dès lors à l'exclusion de toute demande reconventionnelle de la part du spoliateur, du dépositaire ou de l'emprunteur, parce qu'il jouirait alors des avantages — quels qu'ils puissent être — attachés aux demandes reconventionnelles. Ces avantages, il les devrait à la spoliation, au dépôt, au prêt ; eh bien ! cela ne doit pas être. On doit l'admettre d'autant moins, que ces demandes reconventionnelles retarderaient nécessairement le moment de la réparation ou de la restitution à laquelle le demandeur a droit. S'il ne faut pas que le défendeur profite de la spoliation, de la confiance, ou de la complaisance du demandeur, il importe également que ce dernier n'en soit pas victime.

Dans tous ces articles, auxquels on n'arrive pas autrement à donner un sens raisonnable, compensation est pris dans le sens de *demande reconventionnelle*. Cette interprétation est d'autant plus vraisemblable que le législateur a, dans d'autres occasions, confondu la demande reconventionnelle avec la compensation, la compensation *judiciaire*, bien entendu. C'est ce que constate M. Garsonnet, dans son *Précis de procédure civile* (1).

Il faut interpréter la loi selon son but ; j'ajoute que c'est le seul moyen de lui donner un sens raisonnable et un effet utile.

C'est ce qui se voit fort clairement dans le cas du prêt à usage.

« Une vive discussion, disent Aubry et Rau (2), s'est élevée sur la question de savoir quelle est l'hypothèse à laquelle s'applique cette disposition qui paraît sans utilité, puisque les choses qui forment l'objet d'un commodat ne peuvent être des choses fongibles (art. 1875) et que les choses de cette espèce sont cependant les seules qui soient susceptibles de compensation (art. 1291). Delvincourt (II, p. 578) pense que le législateur a voulu prévoir le cas où, à raison de la perte de la chose empruntée, l'emprunteur a été condamné à en rembourser la valeur. Cette explication ne nous paraît pas plausible : le jugement qui condamne l'emprunteur à payer la valeur de la chose qu'il se trouve dans l'impossibilité de rendre, opère une novation judiciaire par suite de laquelle la créance du prêteur n'a plus pour objet qu'une somme d'argent et se trouve par conséquent susceptible de com-

(1) Deuxième édition, 1893, p. 88. « Les art. 7 et 8 de la loi du 25 mai 1838 et l'art. 639 du Code de commerce, modifié par la loi du 3 mars 1840, qui prévoient aussi cette hypothèse (celle de demandes reconventionnelles), *la confondent avec celle de la compensation judiciaire.* »

(2) § 327, note 3.

pensation. » Voy. Pothier, *Du prêt à usage*, n° 44 ; Toullier, VII, 383 ; Duranton, XII, 449.

« Toullier enseigne (VII, 383) que la disposition dont nous nous occupons s'applique au cas où soit *de l'argent*, soit *d'autres choses fongibles*, forment par exception l'objet du prêt à usage. Cette explication, évidemment erronée, puisque de l'argent prêté à usage, *ad pompam et ostentationem*, n'est pas une chose fongible, peut cependant nous donner la clef de l'art. 1293, n°2, qui repose sur la confusion que le législateur a faite ici, comme dans l'art. 1892, entre les choses fongibles et celles qui se consomment par le premier usage. Ces dernières peuvent, en effet, devenir l'objet d'un commodat, mais, dans ce cas, elles ne sont pas fongibles et se trouvent, par cela même, soustraites à la compensation en vertu de l'art. 1291. C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction, et pour avoir erronément regardé comme fongibles les choses qui se consomment par l'usage, lors même qu'elles sont l'objet d'un commodat, que les rédacteurs du Code ont cru devoir établir dans l'art. 1293 une règle tout à fait inutile en présence de l'art. 1291. »

Ainsi les rédacteurs (1) du Code civil auraient ici commis deux fautes :

1° Ils auraient parlé du prêt à usage en général alors qu'ils pensaient seulement à un cas excessivement rare de ce contrat, le prêt *ad pompam et ostentationem* des choses qui se consomment *primo usu*, une simple curiosité juridique ;

2° Et cette première étourderie, déjà si invraisemblable,

(1) Nous disons : *les rédacteurs ;* Aubry et Rau disent : *le législateur.* C'est là un abus de mots très fréquent. D'ailleurs la pensée est claire. Du moment qu'il s'agit d'une étourderie, c'est le fait d'un ou de plusieurs hommes concrets qui est en cause, et non pas celui d'un être idéal, *le législateur.*

se compliquerait d'une autre presque aussi forte ; avoir considéré comme fongibles les choses prêtées *ad pompam*, et pourtant destinées, les expressions mêmes l'indiquent, à être restituées telles quelles.

Laissons de côté ces tours de force, ou ces jeux d'esprit, qui rappellent les Byzantins.

Le Code a voulu dire : *pas de reconvention en pareil cas.*

Cette règle s'appliquera notamment au cas où la demande reconventionnelle serait recevable comme pouvant servir de défense à la demande principale (qui comprendrait des dommages-intérêts), ou comme connexe à cette demande (sans pourtant s'appuyer sur une créance née *ex eadem causa,* cas auquel la rétention est permise).

La doctrine d'Aubry et Rau pèche encore à un autre point de vue.

Admettre la compensation dans le cas où le dépositaire et l'emprunteur sont condamnés par suite de la perte de la chose à en rembourser la valeur, c'est aller précisément à l'encontre des intentions du Code. Les motifs qu'on donne en faveur de cette solution (l'effet novatoire du jugement transformant la créance du demandeur en une créance d'argent) militeraient tout aussi bien dans l'hypothèse où le défendeur cacherait l'objet; il faudrait bien aboutir dans ce cas à une condamnation pécuniaire, et la compensation s'opérant alors, le dépositaire infidèle, le commodataire ingrat, auraient atteint le but qu'ils se proposaient en refusant la restitution.

Au surplus, l'argument tiré de l'effet novatoire du jugement (1) se réfute par le texte même de l'art. 1293 :

« La compensation a lieu, quelles que soient *les causes* de l'une et de l'autre des dettes, excepté dans le cas... ..... 2° de la demande en restitution d'un dépôt ou du prêt à usage. »

(1) Argument invoqué aussi par Larombière, sur l'art. 1293, n° 5.

Ce qui importe donc pour savoir si la compensation peut être opposée, c'est *la cause*, la cause *originaire*, de la créance à laquelle on l'oppose. S'il fallait faire intervenir ici l'idée de novation judiciaire, il n'y aurait jamais à considérer la cause des obligations, puisque le jugement les mettrait toutes sur le même pied.

La solution que nous adoptons est seule conforme au but de la loi. « Le défendeur », disait avec raison M. Duranton (1), « certain d'être obligé de débourser la valeur de la chose et condamné aux dépens du procès, sauf à lui à exercer ses droits par action séparée, se déterminera plus facilement à restituer le dépôt ou l'objet usurpé. »

Evidemment cela s'applique aussi à l'emprunteur (2).

Toullier, qui admet la compensation lorsque le dépositaire s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de rendre la chose déposée, convient lui-même que cette solution n'est pas conforme à la raison, car il ajoute en note (nº 385, t. VII) :

« Le Code Prussien (3) contient une disposition contraire, et cette disposition est fondée en raison, et conforme à l'opinion de Brunnemann, sur la L. ult. C., *De comp.*, 4, 31 : Si dolo res debita perierit, ita agatur ad æstimationem, non tamen locum habebit compensatio, tum ob fidem quæ hic exuberat, tum ne depositarius suo dolo, vel lata culpa sibi vel jus compensandi adquirat. Brunnemann, nº 10. »

En résumé, la doctrine de presque tous les commentateurs du Code civil ne prend-elle pas comme à plaisir le contre-pied de la vérité et du bon sens :

1º En imputant au Code civil la naïveté d'avoir exclu la compensation dans des hypothèses où il n'est pas possible

(1) T. XII, nº 453.
(2) Ajoutez ce que nous avons dit plus haut, nº 17, *in fine*, p. 497.
(3) *Preuszische Landrecht*, I, 16, § 364.

de parler de compensation, puisque c'est un corps certain qui est dû. Cela ôte tout intérêt à ces exceptions;

2° En admettant la compensation quand le jugement condamne le défendeur à une somme d'argent. Cette erreur est une conséquence de la première. Du moment qu'on admet que la seule cause empêchant le spoliateur, le dépositaire, etc., de compenser, c'est qu'il doit un corps certain, on devait logiquement en conclure que, dès que l'obstacle était levé par la condamnation à une somme d'argent, la compensation devenait possible, résultat dont l'absurdité est avouée par l'un de ses partisans les plus illustres, Toullier. Voyez à la page précédente.

Tout cela pour n'avoir pas compris que compensation était pris ici, comme dans la constitution de Justinien et bien des textes classiques, dans le sens de demande reconventionnelle, *mutua petitio*.

20. — Bien que les textes du droit romain soient muets sur ce point, la pratique ancienne (1), conduite par un tact juridique assez sûr, avait admis encore une exception au principe que la compensation doit être autorisée dans toutes les actions. On ne l'admettait pas contre les créances d'aliments, et cette disposition a passé dans notre Code, art. 1293 : « La compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas... 3° d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

« Seront insaisissables, dit l'article 581 C. Pr. : ... 2° Les provisions alimentaires adjugées par justice... 4° les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. »

Ainsi le Code civil et quelques autres législations (2)

(1) Voyez Dernburg, p. 519, note 1, et les auteurs qu'il cite.
(2) Dernburg cite (p. 520, note 3) le Code civil de Saxe, § 995.

restreignent l'interdiction aux aliments *insaisissables*. N'ont pas ce caractère les aliments stipulés dans un contrat à titre onéreux, ou par un donateur à son profit, comme condition ou charge de la donation. Le *Landrecht* prussien au contraire ne distingue pas, et à la demande des termes échus il ne permet d'opposer la compensation que si la créance opposée a eu précisément pour source des aliments fournis au titulaire de la pension alimentaire.

En restreignant l'exclusion de la compensation aux aliments insaisissables, le Code civil part visiblement de cette idée que la compensation ne doit être admise que dans les cas où le débiteur peut être contraint au paiement, et sur ceux de ses biens qui peuvent y être affectés malgré lui.

Mais on peut aussi faire entrer en scène une autre idée, qu'a indiquée Dernburg et qu'Eisele (1) a développée :

La compensation doit être exclue toutes les fois que, si on l'admettait, la créance n'aboutirait pas au but que les parties se sont proposé en contractant (2).

En effet, en imposant la compensation, le droit contraint le créancier à accepter en paiement la créance de son adversaire, parce que d'ordinaire le but de chacune des deux créances est rempli tout aussi bien par la compensation que par le paiement réel. Mais lorsque tel n'est pas le cas, la compensation ne saurait être admise. C'est précisément ce qui doit avoir lieu pour une créance d'aliments; nous supposons toujours, pour plus de simplicité, une pension alimentaire payable en argent. En général, dans toutes les obligations de donner, on fait complètement abstraction de la destination à laquelle le créancier compte

(1) Dernburg, p. 517 et s.; Eisele, p. 357 et s.
(2) Dernburg, p. 519, note 2.

affecter le paiement, du but qu'il se propose d'atteindre en acquérant une créance, on ne considère que le but immédiat et général de l'obligation, à savoir le transfert de la chose due dans le patrimoine du créancier. La compensation réalise parfaitement, quoiqu'indirectement ce but. Mais, quand on doit prendre en considération le résultat particulier que le créancier se propose d'atteindre, il est clair que, si la compensation n'aboutit pas à ce résultat, il ne faut pas l'admettre. Or, dans le cas de dette alimentaire, l'obligation révèle par sa nature même le but que les parties, aussi bien le débiteur que le créancier, se sont proposé en créant le droit en question. Ce n'est pas une pension quelconque qui est due au créancier, c'est une pension *alimentaire*.

Eh bien ! quand le débiteur de cette pension invoque la compensation, il donne sa créance en paiement de sa dette ; il fait entrer ainsi, il est vrai, la somme due dans le patrimoine du créancier, mais d'une façon qui empêche de réaliser le but visé.

Dans ce système la compensation ne pourrait être opposée à aucune créance d'aliments, fussent-ils saisissables.

On pourrait objecter que, dans ce cas, rien n'empêcherait un tiers de saisir arrêter la pension alimentaire aux mains du débiteur de cette pension. Pourquoi empêcher ce débiteur, devenu créancier de son créancier, de saisir arrêter cette pension entre ses propres mains ?

Mais alors, il faudrait dire aussi que rien n'empêche le dépositaire de saisir arrêter entre ses propres mains l'objet déposé, ce qui lui est manifestement interdit par l'esprit de la loi. Tout cela est exclu par l'intention présumée des parties, et nous croyons qu'en restreignant aux aliments insaisissables l'exclusion de la compensation, le Code civil n'a pas suffisamment tenu compte de cette intention.

Le droit romain, avons-nous dit, est muet sur la question. Il est vrai que la L. 3, C. h. t., interdit la compensation aux débiteurs des cités dont la dette a une destination alimentaire, mais nous allons voir, en parlant des privilèges du fisc et des cités, que des raisons spéciales expliquent cette disposition. Ce n'est pas à dire toutefois qu'on puisse tirer de la L. 3, C. h. t., un argument *a contrario* pour admettre la compensation contre les créances d'aliments dues à des particuliers.

21. — Le fisc et les cités ont en droit romain une position privilégiée en ce qui touche la compensation. Ces privilèges sont fondés sur les règles spéciales de l'organisation financière ; elles n'ont donc plus guère d'application aujourd'hui, mais les idées générales qui ont inspiré ces règles gardent leur valeur et ont engendré partout des dispositions analogues adaptées aux situations modernes.

Ces dispositions reposent, dit Dernburg (1), sur l'idée que, si les particuliers sont en principe obligés d'admettre que leurs créances serviront à payer leurs dettes, les Etats et les cités, au contraire, ont souvent des devoirs supérieurs concernant la défense et la subsistance de leurs ressortissants, de sorte qu'ils ne doivent pas être forcés d'appliquer au paiement de leurs dettes les créances qu'ils ont destinées à l'acquittement de ces obligations supérieures. En outre, on ne doit pas, pour donner satisfaction à l'intérêt des particuliers, jeter le désordre dans l'administration organisée dans l'intérêt de tous.

Le droit romain distingue ici les privilèges de l'Etat de ceux des cités ; beaucoup d'auteurs modernes les ont mélangés à tort (2). Les exceptions énumérées dans la L. 3. C. h. t., en faveur des cités, ne doivent pas être étendues

(1) P. 524.
(2) Donneau a aussi commis cette confusion. Comm. lib. XVI, cap. xv.

à l'Etat sous prétexte qu'il mérite encore plus de faveur. Elles s'expliquent, en effet, par des particularités de l'administration municipale qui ne se rencontrent pas dans celle de l'Etat.

A. *Privilèges de l'Etat.* — En principe, la compensation est admise contre les créances du fisc (1); toutefois, certains revenus en sont affranchis.

A priori, dit Dernburg, on serait tenté de distinguer entre les créances ressortissant au domaine public et celles appartenant au domaine privé de l'Etat, pour exclure la compensation dans le premier cas et l'admettre dans le second. C'est ce qu'on fait chez nous (2) ; la discussion de l'article 1293 au Conseil d'Etat montre que telle fut bien l'intention des rédacteurs du Code civil.

Mais le droit romain paraît s'être plutôt inspiré de considérations d'opportunité que d'un principe directeur, et certaines créances, même relevant du domaine privé de l'Etat, sont affranchies de la compensation.

Notamment, la compensation n'est pas admise contre la

n. 8 ; Sintenis, *Civilrecht*, 2e éd., t. II, § 104, note 45, cités par Dernburg, *loc. cit.* Dans le même sens Desjardins, p. 143-148, notamment 148; Lair, p. 93.

(1) L. 46, § 5, D. *De jure fisci*, 49, 14, L. 12, L. 19, L. 24, D. h. t. : Paulus, lib. 3 decretorum : *Jussit imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi a quo* (ou *quod*) *ipse convenitur.*

Joignons encore à ces textes la L. 19, D. h. t.: *Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit ; obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini quod servus publicus habebit.*

« Un débiteur du trésor public a payé sa dette à un esclave public, sans y être autorisé par ceux qui avaient qualité pour recevoir ce paiement. Son obligation n'est pas éteinte, mais, quand on lui réclamera le paiement, il pourra opposer la compensation jusqu'à concurrence du pécule que peut avoir l'esclave public ». En effet, ce débiteur aurait contre le trésor, mais *de peculio* seulement, la *condictio indebiti* à raison du paiement fait à cet esclave, paiement qui est indu, puisque l'esclave n'avait pas qualité pour recevoir.

(2) Voyez Desjardins, p. 485 et s.; Fenet, t. XIII, p. 90; Dalloz, V° *Obligations*, n° 2729 et s.

créance d'un prix de vente dû au fisc (1). D'après Dernburg. si l'on tenait à réserver à ces créances un recouvrement certain, libre de toute compensation, c'était peut-être parce que ces ventes formaient la ressource des temps difficiles.

La compensation ne peut pas non plus être opposée à l'Etat créancier des impôts directs *(quod ex causa tributoria vel stipendiorum debetur*. L. 1, C. h. t. citée).

Nous ne trouvons pas de disposition analogue, dit Dernburg, en ce qui concerne les impôts indirects, affermés, on le sait, aux Publicains pour un prix à forfait. Sans doute, ajoute-t-il, tout dépendait ici du cahier des charges de la ferme.

Enfin, la compensation est aussi exclue *ex causa annonaria*, c'est-à-dire pour les créances de l'Etat ayant pour objet des prestations en nature, car elles sont destinées à la subsistance de l'armée, des fonctionnaires et du peuple. Cette prohibition s'appliquait notamment aux dîmes que plusieurs provinces et, dans les derniers temps, une partie même de l'Italie avaient à fournir (2). Mais elle s'appliquait aussi aux prestations dues en vertu de

(1) L. 46, § 5, D. *De jure fisci*, 49, 14 : *Ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, sæpe constitutum est, excepta causa tributoria (tributorum?* Mommsen) *et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptæ et quod ex causa annonaria debetur.*

C'est ici le cas de citer deux textes du Code qui se réfèrent au même principe : ils proclament que les particuliers réclamant un prix de vente ne jouissent pas du même privilège que le fisc et peuvent se voir opposer la compensation.

L. 7, C. h. t. « Si le prix est dû au vendeur, la compensation pourra être opposée. C'est seulement à l'égard du fisc réclamant un prix de vente, qu'il est interdit aux acheteurs d'opposer la compensation. »

L. 10, C. h. t. « Tu exposes qu'un immeuble t'a été vendu comme libre, et que tu as dû pourtant acquitter une dette hypothécaire antérieure à la vente. Dès lors, si l'on te réclame ta dette par devant le Président de la province, tu peux opposer en compensation ce que tu as payé indûment ».

(2) Dernburg, p. 526.

contrats et non en vertu de lois administratives, et même aux condamnations pécuniaires prononcées à raison de ces prestations dues :

L. 20, D. h. t.: *Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum, pecuniam jure compensationis retinere non placuit, quia ea non compensatur.* (Papinianus lib. 3 Responsorum.)

« Le curateur condamné à raison d'une affaire de vivres *(copiarium)* (1), ne peut retenir cet argent par compensation, car elle n'est pas admise ici (2). »

La règle est encore applicable aux créances ayant pour objet de l'argent, lorsque cet argent est destiné à l'achat de vivres, et aux créances ayant pour cause des avances faites par le fisc sur des fournitures de vivres *(pecunia frumentaria);* L. 2, § 4, D. *De administratione rerum*, etc., 50, 4 :

Ad frumenti comparationem pecuniam datam restitui civitati, non compensari in erogata debet. Sin autem frumentaria pecunia in alios usus, quam quibus destinata est, conversa fuerit, veluti in opus balneorum publicorum, licet ex bona fide datum probatur, compensari quidem frumentariæ pecuniæ non oportet, solvi autem a curatore reipublicæ jubetur (3).

« L'argent remis pour achat de blé doit être rendu à la cité, et non pas compensé avec d'autres dépenses. Si l'argent frumentaire a été employé à des usages autres que ceux auxquels il était destiné, par exemple pour faire des bains publics, et, bien qu'on prouve l'avoir dépensé de bonne foi,

(1) Cujas, *ad h. legem*, entend par *copia* tout ce qu'on emporte pour la nourriture des troupes.

(2) Eisele entend ce texte du curateur d'une cité; il s'agirait donc d'un privilège des cités et non de l'Etat. Le curateur ici, dit-il p. 349, note 97, est un fonctionnaire de la ville, du genre de ceux qui sont cités dans la L. 18, § 5, D. *De muneribus*, 50, 4 : σιτῶναι *(frumentarii)* et ελαιῶναι *(olearii)*.

(3) Le style de cette dernière phrase me paraît un peu suspect. L'antithèse de *quidem* et *autem* a ici une allure un peu byzantine.

il n'y a pas lieu d'admettre la compensation de l'argent frumentaire, mais le curateur doit le rembourser à la cité. »

Nous avons reproduit ce texte, qui se refère à l'administration municipale, uniquement pour montrer ce qu'il faut entendre par *pecunia frumentaria*. Ces avances rentrent certainement dans la *causa annonaria* et sont exclues de la compensation, qu'il s'agisse de l'Etat ou des cités, témoin la L. 17, D. h. t., Papinianus, lib. primo respons. :

Ideo condemnatus quod arctiorem annonam ædilitatis (1) *tempore præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videtur, et ideo compensationem habebit.*

Selon Cujas, il s'agit d'un édile, magistrat parfaitement distinct du *curator annnonæ*. Le curator remet l'*annona* et l'édile la fournit au public. S'il ne fournit point la quantité voulue, et qu'il soit actionné *de residuis*, il pourra invoquer la compensation, parce qu'il n'est pas *debitor frumentariæ pecuniæ*. Cela surprend d'ailleurs.

Enfin le fisc jouit, même pour celles de ses créances qui admettent la compensation, d'un privilège particulier.

Dans le cas où l'administration d'un patrimoine, dit M. Desjardins (2), est divisée entre plusieurs personnes, le débiteur poursuivi par l'une d'elles peut lui opposer une créance dont le recouvrement rentrerait dans les attributions d'un autre administrateur (3). Cette règle souffre exception quand la compensation est invoquée contre le fisc : le débiteur d'une *statio* ne peut opposer en compensation que ce qui lui est dû par cette même *statio :*

L. 1, C. h. t. :

Et senatus censuit, et sæpe rescriptum est, compensa-

(1) Quelques anciens interprètes ont voulu lire *edulitatis*. Il s'agirait de largesses faites au peuple par le prince. Ces largesses n'auraient pas le caractère de *res annonaria*, car elles sont faites au profit des particuliers, sans utilité publique : Desjardins, p. 147.

(2) P. 145.

(3) L, 36, D. *De adm. et per. tut.*, 26,7.

tioni in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quæ petit. Hoc juris propter confusionem officiorum tenaciter servandum est.

Mais que faut-il entendre par *statio ?* Des administrations différentes, ou même les différents bureaux d'une même administration ? Dernburg traduit *statio* par caisse *(Casse)* et semble ainsi l'entendre d'administrations différentes (1). Selon M. Desjardins, il fallait, et que la dette opposée fût à la charge de l'administration créancière (cette condition pouvant seule prévenir la confusion des divers offices), et que ce fût le même bureau qui se trouvât créancier et débiteur, à cause de l'immense étendue de l'empire.

Quoi qu'il en soit, il importe de rechercher le motif de ce privilège. Le texte nous le révèle clairement : c'est une question d'ordre et de comptabilité, on veut éviter de jeter la confusion dans les finances. Ce n'est donc pas du tout parce que les diverses caisses en question constitueraient des personnes morales distinctes. Le patrimoine de l'Etat est un, bien que son administration soit confiée à divers services, sa personnalité juridique est aussi une, bien qu'il soit représenté par divers organes.

L'interdiction de la compensation ne se rattache donc en aucune façon au principe que l'on ne peut opposer en compensation à un créancier les dettes dont il n'est pas personnellement débiteur. C'est un pur privilège du fisc; dès lors ce privilège ne saurait être invoqué contre lui : le particulier qui poursuit le fisc à raison de ce qui lui est dû par une *statio* pourra se voir opposer en compensation ce qu'il doit à une autre *statio*.

(1) P. 526. On trouve dans les inscriptions : *Statio hereditatum*, Orelli, 3207, *Statio annonæ*, Orelli, 4107, 4420. Ce mot se trouve dans les textes suivants, outre la L. 1 C. h. t. : C. VIII, 43,2 ; X, 5,1 et C. Th. XII, 6,19.

Ce privilège subsiste-t-il, même lorsque les deux créances naissent *ex eadem causa ?* Par exemple un fermier du fisc, poursuivi en paiement de son loyer, peut-il opposer en compensation son droit à une diminution de fermage, basé sur ce que des calamités fortuites l'ont privé de la jouissance de la chose ? Sa créance et sa dette peuvent fort bien ne pas ressortir à la même caisse. Dernburg (p. 527) maintient ici le privilège du fisc, parce que, dit-il, les mêmes raisons, le même intérêt d'ordre dans la comptabilité, milite en sa faveur. Eisele au contraire admet la compensation par un argument spécieux. Quand bien même la créance et la dette ne se rencontreraient pas en la même personne, la compensation n'en aurait pas moins lieu dans les actions de bonne foi; nous en avons vu plus d'un exemple (1). Or le privilège du fisc de ne pas subir la compensation lorsque ce n'est pas la même *statio* qui se trouve à la fois créancière et débitrice, ne peut pas, dit Eisele, produire plus d'effet que si ces *stationes* étaient des personnes juridiques distinctes.

Mais cela n'est pas impossible cependant. Il y a ici un intérêt d'ordre public engagé. Je ne crois donc pas qu'il y ait ici lieu d'appliquer la maxime de Modestin, L. 10, D. *De jure fisci,* 49, 14 : *Non puto delinquere qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit.*

Pour en finir avec les privilèges du fisc en matière de compensation, il faut mentionner la disposition obligeant les débiteurs du fisc qui invoquent la compensation à prouver leurs créances dans le délai de deux mois :

Hermogénien, L. 46, § 4, D. *De jure fisci*, 49, 14 :

Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet.

(1) L. 9, § 1, D. h. t. Voyez *supra*, p 65 et s., p 173, etc.

Dernburg (p. 561) a rapproché avec raison cette disposition d'une règle rappelée par le code Théodosien, mais qui existait déjà à l'époque classique, et selon laquelle les procès du fisc ne devaient pas, en principe, durer plus de deux mois (1).

Il ne s'agit point du tout ici d'une restriction à la faculté d'opposer la compensation; on veut seulement que, de toute façon, nonobstant toutes défenses, les procès intentés par le fisc ne durent pas plus de deux mois. Si, dans ce laps de temps, le défendeur a pu prouver le bien fondé de sa demande reconventionnelle, il obtiendra la compensation, sinon non. En d'autres termes, la demande reconventionnelle ici n'arrêtera le prononcé de la sentence sur la demande principale, que pendant la durée maximum imposée à ces sortes d'affaires. Passé ce délai, la sentence sera rendue au profit du fisc et la condamnation exécutée, sauf au débiteur à faire ensuite valoir sa créance. Le sursis accordé par les constitutions impériales, dont nous avons tant parlé, ne dure donc ici que deux mois.

Eisele voit dans la manière dont s'exprime Hermogénien un indice en faveur de l'idée que, du temps de ce jurisconsulte, la compensation devait être invoquée dès le début du procès, à une époque correspondant à celle de l'*in jure* de l'époque classique.

S'il en eût été autrement, dit-il, Hermogénien aurait dit : « deux mois à partir du début du procès », il ne se serait pas contenté d'indiquer pour délai de compensation la durée même du procès. — L'argument est bien faible; Hermogénien n'avait pas besoin d'ajouter : « à partir du

(1) L. 41, C. Theod., 11,30 : ... Sane tempore tantum volumus privatis fiscalibusque causis non esse communia, ut, *antiquo jure*, fiscalia negotia intra duos menses in eadem provincia, inter quatuor in contigua, intra sex in transmarina dicantur.

début du procès » ; ce point de départ s'impose, du moment qu'il n'en indique pas d'autre (1).

Arrivons aux privilèges des cités. La L. 3, C. h. t., énumère un certain nombre de créances des *civitates* dont les débiteurs ne peuvent opposer la compensation : *In ea quæ reipublicæ* (2) *te debere fateris, compensari ea quæ tibi debentur is cujus de ea re notio est jubebit, si neque ex kalendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque ejus quæ statutis sumptibus servit, neque fideicommissi civitatis debitor sis.*

« Le magistrat compétent fera faire la compensation entre ce que tu reconnais devoir à la cité et ce qui t'est dû, pourvu toutefois que tu ne sois débiteur de la ville ni pour cause de prêt, ni d'un vectigal, ni à raison des fonds destinés au blé ou à l'huile publique, ni pour des impôts, ni pour des aliments, ni d'argent destiné à des dépenses statutaires, ni enfin d'un fidéicommis. »

Il est surprenant, dit Dernburg (3), de voir les villes plus favorisées ici que l'Etat ; on se demande pourquoi, par exemple, les créances *ex kalendario* (prêts) ou celles résultant d'un fidéicommis n'admettent pas la compensation ? La solution ne s'explique que par les particularités de l'administration des cités. Cette administration n'était pas centralisée aux mains de certains fonctionnaires ; elle était exercée comme une charge *(munus)* par des citoyens

(1) Certains auteurs ont rapproché notre L. 46, § 4. D. 49, 14, des dispositions qui permettaient au juge d'accorder aux débiteurs du fisc des délais de deux mois pour les petites dettes, de trois pour les grosses. Voyez L 45, § 10, D. *De jure fisci*, 49, 14. — Voyez Krug, *Compens.*, p. 237 ; Puchta, *Vorlesungen*, t. II, § 289 cités par Dernburg, p. 561. Comme lui, nous ne voyons aucune connexité entre ces dispositions.

(2) Cette expression a trompé quelques auteurs qui ont cru voir ici un privilège accordé aussi à l'Etat. Mais les mots : « *civitatis debitor sis* » ne laissent aucun doute sur le sens du texte.

(3) P. 528.

déterminés. Chacun d'eux avait la direction d'une branche d'administration spéciale, l'un le *kalendarium*, l'autre les céréales, etc. (1). Chaque administrateur était personnellement responsable du département qui lui était confié, et chacune de ces branches d'administration avait évidemment sa comptabilité distincte; par conséquent on ne pouvait opposer à chacun d'eux en compensation des créances se rapportant à une autre branche de l'administration. Cela concorde assez bien avec l'interdiction de la compensation en matière fiscale, lorsque c'est une autre *statio* qui est débitrice.

Le même motif explique l'interdiction quant à la *pecunia quæ statutis sumptibus servit.* Certains revenus étaient affectés, par exemple, au chauffage des bains publics et étaient perçus dans ce but par un curateur spécial (2). Y avait-il aussi pour les fidéicommis un munus *personale*, c'est-à-dire y avait-il un citoyen chargé de toucher et de gérer les fidéicommis faits à la ville? C'est ce que nous ignorons.

Nous avons déjà vu qu'en matière de *pecunia frumentaria* la compensation n'est pas admise non plus contre les cités (3). Cette *pecunia frumenti vel olei publici* correspond bien à ce qui est dû *ex causa annonaria* en matière fiscale (4).

(1) Voyez L. 18, D. *De muneribus*, 50, 4; Derembourg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités*, V° Calendarium, II : « Les villes municipales possédaient comme les particuliers des capitaux qu'elles plaçaient à intérêt et dont les échéances étaient relatées dans un registre spécial, appelé également *calendarium*. A cette gestion des deniers communaux était préposé un magistrat nommé parfois *quæstor* ou *logista*, ou *curator Kalendarii* (Frag. Vat. §§ 128, 187. — L. 18, § 2, D. 50,4. — L. 9 pr. §§ 7, 8, 9, D. 50,8. — C. Théod. XII, 11, 1.) qui prêtait à ses risques et périls les deniers communaux. Arg. L. 35 D. 12, 1. Voy. Loi de Malaca, 67.

(2) L. 18, § 5, D. *De muneribus*, 50, 4.

(3) L. 2, § 4, D. *De adm. rer. ad civ. pertin.*, 50, 8.

(4) L. 46, § 5 D. *De jure fisci.*, 49, 14.

Eisele (1) fait, à propos de ces privilèges, d'intéressantes remarques. Pour les villes, ce ne sont pas seulement les créances d'impôts *(tributa)* qui jouissent du privilège d'exclure la compensation, ce sont encore les *vectigalia*, c'est-à-dire, je pense, les loyers dus par les fermiers de la ville, que la chose affermée soit un immeuble, un impôt, un monopole, etc. Quant aux *alimenta,* dit Eisele, les anciens auteurs (2) entendaient par là les aliments qui avaient été légués à la cité pour l'entretien de ses esclaves, ou des personnes dont l'assistance incombe à la cité, comme les vieillards, les pauvres, les orphelins.

Mais quand, dans un rescrit de cette époque, il est question d'aliments, on songe tout naturellement à ces fondations pour élever des enfants, dont l'épigraphie nous a conservé de remarquables traces (3).

Souvent un fonctionnaire spécial était chargé d'administrer les fonds alimentaires.

« Tout ce qui tient au placement des capitaux et au paiement des intérêts, dit Marquardt (4)... relève d'un employé spécial, le *quæstor alimentorum*, ou le *quæstor arcæ alimentariæ* » (5). Cette fonction, tantôt se trouve rattachée à celle du *quæstor* de la cité (6), tantôt forme une dignité particulière (7).

C'est donc bien toujours la même idée qui exclut ici la compensation. Admettre le débiteur d'une caisse à opposer ce qui lui est dû par une autre caisse de la même ville,

(1) P. 350.
(2) Par exemple Maestertius, *Tractatus tres*, N. II,
(3) Voyez Girard, Textes, 2e édition, p. 750 ; Bruns, *Fontes*, 6e ed , p. 305 et s. et les renvois.
(4) *Manuel des antiquités romaines*, trad. française, t. X, p. 184.
(5) Les *quæstores alimentorum* qui se rencontrent dans les inscriptions sont donnés dans la liste dressée par Henzen, dans *Annali d. Inst-Arch* , 1844, p. 33, 1849, p. 335 et s.
(6) Henzen, *Annali*, 1844, p. 34.
(7) *Eodem*, p. 36.

ce serait jeter la confusion dans la comptabilité municipale, comme ce serait embrouiller celle du fisc, en cas de *stationes* distinctes.

Section V. — Nature de la compensation conventionnelle et de la compensation forcée en droit romain. — Conclusion.

22. Compensation conventionnelle. Sa nature : cas de dettes fongibles; dettes non fongibles. *Quid* si l'une des créances compensées conventionnellement n'existait pas? L. 51, § 1, D. *De pactis*, 2, 14. — L. 11, C. *De rescind. vend.*, 4, 44. — L. 2, C. *De act. empti*, 4, 49. — L. 13, C. h. t. — **23.** Compensation forcée. — Eléments disparates dont a été formé le système de la compensation forcée dans le dernier état du droit romain. — Cependant elle garde le caractère d'une *mutua petitio*. Elle s'analyse en un acte de disposition par lequel le défendeur sacrifie sa créance, et en un acte de coercition par lequel le juge force le demandeur à l'accepter en paiement. Cas d'insolvabilité de l'une des parties. Mais lorsque les dettes sont fongibles, ne suffit-il pas d'une déclaration unilatérale, et le juge n'a-t-il pas alors à constater plutôt qu'à opérer la libération? Discussion. Projet de Code civil allemand, L. 12, C h. t. — L. 20, § 2, D. *De statulib.*, 40, 7. Doctrine adoptée : le juge constate ou opère la libération selon que l'offre de compenser donne au demandeur une satisfaction intégrale ou partielle. Conséquences de cette solution. — **24.** Conclusion.

22. — La coexistence des deux dettes ne produit par elle seule aucun effet, la volonté du débiteur est nécessaire pour que la compensation s'accomplisse, nous l'avons vu ci-dessus, au n° 10 de ce chapitre. Pour s'identifier avec la compensation volontaire, il ne manque à la compensation forcée que le consentement de l'autre partie, et le juge y supplée. De tout cela résulte que, pour bien comprendre la nature de la compensation forcée, il faut connaître les règles de la compensation conventiontionnelle (1).

(1) Nous empruntons une partie de ces développements et de ceux du numéro suivant à Eisele, §§ 19 et 20.

Distinguons deux cas :

1° Les deux dettes portent sur des choses fongibles de la même espèce, de l'argent par exemple. Tel est le cas prévu par la L. 51, § 1, D. *De pactis*, 2, 14, que nous expliquerons tout à l'heure. Remarquons en passant que parler de compensation conventionnelle en pareil cas, comme le fait ce texte, c'est admettre implicitement que les créances opposées ne sont ni éteintes *ipso jure* par leur coexistence, ni même paralysées par ce seul fait, car alors à quoi bon les paralyser une fois de plus par le pacte de compensation ?

Voyons maintenant à quel résultat pratique mène en pareil cas la compensation conventionnelle.

Primus et Secundus se devaient réciproquement mille sesterces. Chacun d'eux a mille sesterces en caisse. Après un paiement réciproque, ils auront encore mille sesterces chacun ; s'ils compensent, le résultat sera identique. Donc la compensation équivaut à deux paiements, mais elle économise les frais de transport des espèces.

Si les deux parties avaient leur caisse vide, elles auraient été obligées l'une et l'autre d'emprunter pour payer, ou d'aliéner, dans de mauvaises conditions peut-être, une partie de leur patrimoine; les frais inutiles évités par la compensation sont ici bien plus importants.

Dans ce premier cas donc, la compensation équivaut pratiquement à un double paiement (1), sauf qu'elle est beaucoup plus avantageuse pour les parties.

Voilà le point de vue économique. Au point de vue juridique maintenant, il me semble, comme à Windscheid (2) et contrairement à l'opinion d'Eisele, que.

(1) *Nec interest solverit an pensaverit*, L. 4, D. *Qui potiores*, 20,4. Voyez aussi L. 19, D. *De lib. causa*, 40,12.

(2) Windscheid, *Pand.*, § 349, note 15, cité par Eisele, p. 231.

même dans le cas où nous nous plaçons, de dettes de choses fongibles, la compensation doit être assimilée plutôt à la *datio in solutum* qu'au paiement. En effet, à la place d'argent qui est dû, par exemple, vous donnez à votre créancier une remise de dette, vous le libérez de son obligation, vous accomplissez donc un fait autre que le fait promis, il n'y a donc pas paiement, mais *datio in solutum*. Toutefois cette *datio in solutum* a ici les effets économiques d'un double paiement.

2° Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une compensation conventionnelle portant sur des créances qui n'ont pas pour objet des choses fongibles de même espèce.

Exemple : Primus doit à Secundus un cheval, et Secundus lui doit une barrique de vin. Tous les deux ont en main de quoi payer. S'ils paient, Primus aura une barrique de vin et Secundus un cheval. S'ils ne paient pas, au lieu d'une barrique de vin qu'il devait recevoir, Primus aura un cheval, et Secundus au lieu d'un cheval aura une barrique de vin. Le résultat pratique de la compensation sera donc le même que s'il était intervenu de part et d'autre une *datio in solutum*.

La compensation équivaut donc toujours à une *datio in solutum*.

Mais il ne suffit pas, pour caractériser la compensation conventionnelle, d'en indiquer le résultat pratique, il faut encore en déterminer la nature juridique.

L'analyse à laquelle nous venons de nous livrer démontre que la compensation conventionnelle est un échange, l'échange de deux libérations, de deux remises de dettes, étroitement reliées par un rapport synallagmatique. Quel est l'objet de la convention pour moi, à quoi ai-je consenti ? A vous libérer. — Pourquoi ? Parce que vous me libériez, et réciproquement.

Supposons maintenant que l'une des deux créances

n'existât pas. L'autre créance est-elle cependant éteinte, sauf à moi, titulaire de cette créance, à intenter contre l'adversaire une *condictio indebiti*, en lui disant qu'en sacrifiant ma créance pour lui payer la sienne, laquelle n'existait pas, j'ai payé l'indu et qu'il doit se replacer dans les liens de l'ancienne obligation ? Ou bien ma créance subsiste-t-elle ?

C'est en ce dernier sens qu'il faut se décider ; on peut le prouver par le raisonnement et par les textes.

En effet, la compensation conventionnelle, que nous ne supposons pas avoir été suivie d'acceptilation (1), n'a pu éteindre ma créance qu'*exceptionis ope* (exception *pacti conventi).* Si donc j'intente l'action de ma créance, vous m'opposerez l'exception de pacte. Mais je briserai manifestement cette exception par la réplique de dol. Il y a dol à m'opposer un pacte basé sur une erreur qui vous est au moins en partie imputable, l'idée que vous étiez mon créancier.

Les textes confirment cette doctrine, l'ancienne créance subsiste : L. 51, § 1, D., *De pactis*, 2, 14.

« Le même Celsus dit que, si vous avez donné l'ordre à votre débiteur de payer à Titius à qui vous croyiez par erreur devoir un legs, et si ce débiteur a pactisé avec Titius qui se trouvait être son débiteur, malgré cela vous conservez votre action contre votre débiteur, *et lui conserve la sienne contre Titius.* »

Ainsi votre débiteur a cru devoir à Titius, et a fait avec lui une compensation conventionnelle. Mais il se trouve qu'il ne lui devait rien ; de là résulte qu'il n'a pas perdu sa créance, le texte le constate, et c'est là précisément ce qu'il fallait démontrer.

(1) S'il y avait eu acceptilation de ma créance, à coup sûr elle serait éteinte et je n'aurais qu'une *condictio* pour obliger le débiteur à se remettre dans les liens de l'ancienne obligation.

Cependant pour soutenir l'opinion contraire, à savoir que ma créance est éteinte, et que j'ai seulement la *condictio indebiti*, on a invoqué un texte dont nous empruntons le commentaire à Eisele, et qui nous montrera une fois de plus la précipitation et l'étourderie des compilateurs.

Il s'agit de la L. 11, C. *De rescind. vend.*, 4, 44:

Venditor factum emptoris, quod eum tempore contractus latuit, post arguendo, non quod eo tempore scierit, quo id ageretur, et consensit, de dolo queri potest. Igitur cum patrem tuum, ut majus comprehenderetur instrumento pretium, quam rei quæ distrahebatur esse convenerat, consensisse profitearis, propter hoc solum de circumscriptione frustra queritur. — § 1. Sane si placitum pretium non probetur solutum, vel in quantitatem debiti per errorem FACTI *compensari cautum fuerit, hoc reddi recte postulatur.*

« Le vendeur ne peut être admis à se plaindre du dol de l'acheteur que s'il a ignoré la vérité au moment du contrat, et non lorsqu'il l'a connue à ce moment et qu'il a cependant consenti. Par conséquent, si tu allègues que ton père en vendant un bien a permis qu'on inscrivît dans l'acte un prix plus élevé qu'il ne convenait, ce seul motif ne peut te permettre d'invoquer le dol. — § 1. Mais si l'adversaire ne prouve pas avoir payé le prix promis, ou si l'on est convenu, par suite d'une erreur de fait, de compenser la dette, tu as raison de réclamer le paiement. »

Voici l'espèce prévue par le rescrit :

Le père du réquérant avait vendu un bien et l'acquéreur avait fait insérer dans l'acte un prix supérieur au prix véritable, sans doute pour éviter la rescision pour lésion d'outre moitié. Comme le vendeur y a consenti, il se trouve, lui ou son fils, non recevable à invoquer le dol. Mais si le prix porté dans l'acte n'a pas été versé entière-

ment, on a le droit d'en réclamer le paiement. Ce même droit existe dans le cas où l'on a, par suite d'une erreur de fait, compensé le prix avec une créance de l'acheteur, qui réellement n'existait pas.

Les adversaires s'appuient sur les mots *per errorem facti*. Ces mots prouveraient, selon eux, que l'action donnée au vendeur est la *condictio indebiti*. On sait que la *condictio indebiti*, d'après les constitutions impériales depuis Dioclétien, n'est accordée qu'en cas d'erreur de fait : LL. 6 et 10, C. *De jur. et facti ignor.*, 1, 18; LL. 6 et 7, C. *De cond. indeb.*, 4, 5. Croyant être débiteur de son acheteur, le vendeur a compensé conventionnellement avec lui. L'erreur découverte, c'est la *condictio indebiti* qu'il intentera ici pour réclamer sa créance qui aurait été éteinte d'après les adversaires.

Réfutation : Il est certain, au contraire, qu'il s'agit ici de l'action *ex vendito* et du paiement du prix. En effet, *hoc reddi* se rapporte manifestement à *placitum pretium*, et *reddi* signifie, non pas rendre, restituer, mais *payer :* voy. L. 13, C. h. t.; G., IV, 28; L. 17 pr. D. *De usuris* 22, 1 ; L. 89, § 2, D. *De V. sign.*, 50, 16.

Maintenant, comment expliquer « *per errorem facti* »? Il est plus que probable que Dioclétien avait écrit tout simplement « *per errorem* », indiquant par là que, si vous aviez sciemment compensé avec une créance qui n'existait pas, vous auriez fait une donation et il n'y aurait pas à revenir là-dessus. Les compilateurs, dans la rapidité de leur travail, interprétant le mot *reddi* dans le sens de restituer, ont pensé qu'il s'agissait de la *condictio indebiti* et ont ajouté immédiatement *facti*, faisant allusion ainsi aux constitutions d'après lesquelles l'*error juris* ne peut être prise en considération dans la *condictio indebiti*.

Au surplus, un autre texte, la L. 2, C. *De act. empti et*

vend., 4, 49, prouve catégoriquement que c'est l'action *venditi* qu'on intentera dans cette hypothèse :

« Tu peux intenter contre ton adversaire l'action *venditi* pour recouvrer le restant du prix. Et l'on ne pourra t'opposer ce qui a été compensé comme étant dû par toi, si tu montres que tu as fait cette convention par suite d'une erreur excusable, ou trompé par le dol de ton adversaire, de sorte que tu as cru devoir, alors que tu ne devais pas, et cela dans un contrat de bonne foi, dans lequel même les majeurs sont protégés *officio judicis* contre tout dol. »

Enfin, il est un dernier texte qu'il faut écarter du débat comme étranger à la question, bien qu'au premier abord il paraisse la résoudre en faveur de l'opinion que nous adoptons. Il s'agit de la L. 13, C. h. t., rescrit de Dioclétien :

Si velut in id debitum, quod solemnium publicarum pensitationum debueras nomine, compensaturo tibi nihil petiturum postea Muciano scripsisti, redditis quæ venerant in compensationem, non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.

« Si, à raison des redevances usuelles que tu devais au Trésor public, tu as écrit à Mucianus, qui devait compenser avec toi, que tu ne lui réclamerais plus rien, et si tu as pourtant payé la dette compensée, tu n'as pas la *condictio indebiti*, mais l'action résultant de ton ancienne créance. »

Le solliciteur du rescrit, débiteur du fisc, était personnellement créancier d'un receveur du fisc, Mucianus. Il était convenu avec ce dernier de faire une compensation entre les deux dettes ; ainsi Mucianus devait payer le fisc au lieu et place de son correspondant. Mais il ne tint pas sa promesse, et comme, bien entendu, s'il avait qualité pour recevoir paiement des débiteurs du fisc, il n'avait pas le pouvoir de disposer des créances du fisc pour payer par ce moyen ses dettes personnelles, le fisc demandait

au solliciteur les redevances dues. Forcé de les payer, ce dernier voulait recourir contre Mucianus; mais par quelle action ? Par l'action de sa créance, dit l'empereur. En effet, la remise de dette faite à Mucianus a été naturellement subordonnée à la condition que Mucianus acquitterait la dette de son correspondant envers le fisc. Ce paiement seul, en constituant Mucianus créancier de l'autre partie, réalisait la condition essentielle de toute compensation, la réciprocité des créances. Par conséquent, l'expression « *quæ venerant in compensationem* » signifie, non pas que la compensation *avait été opérée*, ce qui n'était pas possible tant que Mucianus n'était pas devenu personnellement créancier, mais bien qu'il avait été convenu qu'elle aurait lieu. C'est ce que marque clairement le verbe « *compensaturo* », au futur.

Il ne s'agit donc pas ici d'une convention ferme de compensation avec une créance que l'on croyait exister actuellement et qui n'existait pas, mais d'une convention de compensation future avec une créance non encore née, convention naturellement subordonnée à la naissance effective de cette créance.

Ces explications nous permettront de mieux saisir la nature de la compensation forcée.

23. — Pour se faire une idée de la nature de la compensation forcée dans le dernier état du droit romain, il ne faut pas procéder comme on l'a fait trop souvent autrefois. Beaucoup d'auteurs se sont évertués à imaginer un système qui conciliât tous les textes et qui fût comme la synthèse de leurs solutions. Pour que cette méthode pût aboutir à un résultat, il aurait fallu que ces textes fussent l'œuvre d'un même législateur ou procédassent d'un seul principe.

Or, nous sommes loin de compte ! Les solutions du Digeste, notamment, découlent de cinq sources différentes:

l'office du juge dans les actions de bonne foi, la formule de l'*argentarius*, celle du *bonorum emptor*, l'exception de dol, enfin la *mutua petitio* qui a fini par absorber tous les autres procédés, comme un fleuve qui se grossit d'affluents venus de tous côtés. Vouloir concilier ces solutions, c'est chercher la quadrature du cercle. Encore si les compilateurs avaient été des hommes de haute capacité, ayant conçu nettement un système, sachant choisir les solutions qui cadraient avec lui, et écarter les autres ! Mais ils n'ont pas conçu de système net, pas plus qu'ils n'avaient le discernement très délicat nécessaire pour opérer ce triage ; en tout cas le temps leur eût manqué.

La conciliation entre les éléments disparates qu'ils ont amalgamés précipitamment était d'autant plus malaisée, que ces éléments se rattachaient à deux ordres d'idées très différents.

Dans le cas de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*, la compensation avait quelque chose de *légal*, expression qui n'est pas tout à fait exacte sans doute, mais qui nous servira cependant à faire comprendre notre pensée. Nous voulons dire que, la qualité du demandeur étant reconnue, la loi (l'Edit du Préteur ici) commande en quelque sorte la compensation, puisque la formule *imposée* au demandeur à raison de sa qualité ordonne au juge de tenir compte des créances reconventionnelles. Sans doute il faut que ces créances arrivent à la connaissance du juge, et souvent il faut pour cela que le défendeur les invoque, mais parfois aussi, comme dans le cas de l'argentarius, cela n'est même pas nécessaire, les livres du demandeur suffiront. Il semble donc que dans ces cas le fait d'opposer la compensation ressemble plutôt à l'allégation d'un moyen de défense, qu'à un acte de disposition portant sur la créance reconventionnelle.

Au contraire, dans les trois autres procédés : actions

de bonne foi, exception de dol, *mutua petitio*, l'acte du défendeur revêt visiblement le caractère d'une disposition ; la compensation n'est plus imposée *a priori* au demandeur, son caractère purement judiciaire, nullement légal, éclate à tous les yeux.

Les compilateurs ont inséré des textes empruntés aux deux systèmes, tout en manifestant une faveur marquée pour le premier, à cause de son analogie avec une compensation s'opérant *sine facto debitoris ;* c'est ainsi, on l'a vu, que plusieurs d'entre eux avaient interprété l'*ipso jure* de la constitution de Justinien.

Mais, nous avons aussi reconnu que cet *ipso jure* avait en réalité une portée beaucoup plus modeste. Justinien n'a rien voulu changer à la nature de la compensation telle qu'elle existait de son temps. La *mutua petitio* avait alors, et depuis deux siècles, absorbé tous les autres procédés : opposer la compensation, c'était intenter une *mutua petitio*. Cette *mutua petitio* dispensée de toutes formes fut seulement soumise à la condition de la liquidité pour mener au but, l'absolution totale ou partielle du défendeur. A défaut de liquidité suffisante, la demande reconventionnelle est renvoyée à un examen ultérieur, et le défendeur n'atteint pas alors son but. Mais qu'il l'atteigne ou non, on comprend que cela ne puisse changer en rien la nature de l'acte qu'il a accompli. Cet acte, c'est une *mutua petitio*, c'est une réclamation de sa créance, partant subsistante, c'est un exercice, un usage de cette créance ; il demande que le juge force le demandeur à recevoir cette créance en paiement de ce qui lui est dû.

Dès lors, on distingue dans la compensation deux éléments : un acte de disposition émané du débiteur, un acte de coercition émané du juge.

Lorsque la créance opposée ne porte pas sur des choses

fongibles de la même espèce que la créance principale (1), les deux actes se distinguent avec une parfaite netteté.

Ce que le débiteur propose alors à son créancier, ce n'est ni un paiement, ni une *datio in solutum* produisant au point de vue économi que des effets identiques au paiement, ain si que nous l'avons vu au paragraphe précédent. Nul n'a jamais soutenu qu'il y eût libération par la seule coexistence des deux dettes dans ce cas. Ainsi l'acte du débiteur qui offre sa créance en paiement, véritable acte de disposition, se distingue ici nettement.

L'acte du juge n'est pas moins net ; il contraint le créancier à accepter autre chose que l'objet dû. L'analyse de la compensation, dans cette hypothèse, ne peut soulever la moindre difficulté.

Reste à expliquer pourquoi le droit romain a permis ici la compensation ? Il faut nécessairement admettre qu'il a reconnu au profit du débiteur une sorte de droit de rétention sur sa dette (2), rétention ayant pour but de forcer l'adversaire à s'acquitter de son côté. On autorise pour ainsi dire le débiteur à pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains. Puis le juge intervient pour évaluer l'objet saisi et permettre au débiteur poursuivi de le garder en paiement de ce qui lui est dû réciproquement, du moins jusqu'à due concurrence.

Enfin, sur quelle base repose ce droit de rétention ? Sur une idée d'équité. Vous me poursuivez, dit le débiteur, et vous ne me payez pas. Si vous me payiez, cela me fournirait les moyens de vous payer moi-même. Sans doute, les deux dettes ne portent pas sur des objets fongibles, mais l'objet payé me procurera, par voie d'échange, ou de vente et d'achat, l'objet que je dois. Donc, vous me

(1) Ce qui n'empêche pas la compensation, si la créance reconventionnelle est suffisamment liquide : voyez ci-dessus n° 10, p. 456.

(2) Voyez *supra* chap. III, section II, n°s 29, 32, pp. 168, 174 *in fine*.

demandez d'agir, tout en paralysant mon action ! Cela n'est pas juste. Telle est la base équitable de ce droit de rétention qui se transforme en compensation.

Voilà la véritable nature de la compensation forcée en droit romain.

Et si cela est vrai du cas où les deux dettes ne portent pas sur des choses fongibles entre elles, cela doit être exact aussi dans le cas de fongibilité, bien que l'analyse de l'acte soit ici plus difficile, et que ses éléments se distinguent plus malaisément.

Dans ce cas, en effet, comme dans l'autre, nous l'avons vu au numéro précédent, le défendeur offre au demandeur, non pas un paiement, mais une *datio in solutum*. Au lieu du versement réel des espèces, au lieu de la *præstatio vera rei debitæ*, il lui offre une remise de dette.

Par conséquent, ici, comme dans le cas précédent, l'acte du débiteur est un acte de disposition : il sacrifie sa créance pour s'acquitter.

Cette remise de dette, qu'il offre à son créancier, au point de vue économique a des effets identiques à ceux d'un double paiement, et la considération d'équité de tout à l'heure acquiert ici son maximum d'intensité. Il est souverainement équitable que la loi impose la compensation au créancier à qui cette offre est faite.

Cependant ce créancier ne pourrait-il pas objecter parfois que ce qu'on lui offre en échange de sa créance ne vaut pas ce qu'on lui prend ? Si ce créancier est insolvable, il perd une bonne valeur en abandonnant sa créance contre l'autre partie qui est solvable, tandis que ce qu'on lui donne en échange c'est une créance irrécouvrable. C'est un motif analogue qui a porté la jurisprudence française à exclure la compensation en matière de faillite. Mais le droit romain, nous l'avons vu, n'envisage pas seulement la compensation comme un paiement sim-

plifié (1) il considère aussi le débiteur-créancier comme exerçant sur sa dette un droit de rétention, qui lui confère une sorte de privilège (2).

D'ailleurs, le raisonnement que nous prêtons au débiteur insolvable, les jurisconsultes l'ont prévu et réfuté dans la L. 82, D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2 : Jamais débiteur ne peut alléguer son insolvabilité pour diminuer la valeur de la remise de dette qui lui est faite : *ipse sibi solvendo videtur, et, quod ad se attinet, dives est;* ce qui revient à dire qu'on est toujours assez riche pour s'acquitter, quand on peut le faire sans bourse délier.

Donc le demandeur ne saurait refuser de compenser ; ce serait dire : je veux être payé tout de suite, et, quant à ma dette, je remets son acquittement à plus tard. Il ferait ainsi litière des intérêts du défendeur (3), ce qui ne serait pas équitable, puisque le demandeur ne peut invoquer aucun intérêt légitime en sens contraire (4).

Si l'acte du débiteur qui oppose la compensation est toujours un acte de disposition, dans le cas de dettes fongibles comme dans celui de non fongibilité, il est plus délicat de déterminer ici le rôle du juge. S'il s'agit de dettes non fongibles son intervention est indispensable

(1) Chose assez remarquable, aucun texte ne nous signale cet avantage de la compensation : éviter un double paiement.

(2) Chapitre III, nos 29 et s.

(3) C'est ce que nous dit la L. 3, D. h. t.: *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.* Bien entendu, *solutum repetere* n'est pas pris ici dans son sens technique de répéter un paiement, mais dans le sens vulgaire de réclamer une somme égale.

(4) Si l'une des parties n'a aucun intérêt légitime à payer plutôt que de compenser, nous en conclurons, malgré le silence des textes, que l'on peut, en avertissant son créancier de l'intention où l'on est de compenser, refuser le paiement qu'il voudrait faire, en sorte que si, au au mépris de cet avertissement, il envoyait l'argent, les espèces voyageraient, aller et retour, à ses risques, les offres réelles ne seraient pas valables et la consignation ne produirait pas d'effet. (Eisele, p. 234.)

pour contraindre le créancier à accepter autre chose que son dû. Mais en cas de dettes fongibles, son rôle ne sera-t-il pas beaucoup plus modeste ?

Quand l'une des parties respectivement débitrices de choses fongibles a signifié à l'autre sa volonté de compenser, est-elle libérée, en sorte que le rôle du juge se borne à constater que les conditions requises étaient réunies (fongibilité, liquidité), ou bien au contraire l'intervention du juge est-elle encore nécessaire, non pour constater, mais pour opérer la libération, pour suppléer au consentement de l'autre partie, comme dans le cas où la fongibilité manque ?

Le projet de code civil allemand adopte nettement le premier système (1). Le rôle du juge s'efface si bien, que la compensation forcée peut avoir lieu en dehors de toute instance. Une simple notification de l'une des parties à l'autre suffit.

On pourrait soutenir par des arguments spécieux que tel était le système du droit romain, dont le projet de Code ne serait ainsi que la traduction fidèle.

Les textes prouvent, pourrait-on dire, que l'offre de compenser équivaut à l'offre de payer suivie de consignation :

(1) Voyez Saleilles, *op. cit.*, § 56. — Le système de ce projet se résume ainsi : Dès qu'il y a deux dettes réciproques ayant le même objet et toutes deux exigibles, chacune d'elles tient l'autre en échec et fournit à chacune des deux parties le moyen de payer ce qu'elle doit, en renonçant à ce qui lui est dû, et celui de se payer elle-même en saisissant en quelque sorte sur elle-même l'objet de sa propre dette (art 281). Or, il suffit, pour que ce double effet se réalise, d'une déclaration unilatérale de volonté de la part de l'un des deux débiteurs à l'autre (art. 282), déclaration qui peut se produire sans attendre la poursuite de l'autre, et qui, par suite, n'est plus du tout l'analogue de l'ancienne exception dont se servait le droit romain classique pour faire valoir la compensation. Enfin, cette déclaration de compensation a un effet rétroactif, en ce sens que les deux dettes seront censées éteintes du jour où la compensation est devenue possible. — Saleilles, *op. cit.*, n° 55.

L. 12, C. h. t. :

« Si tu fais compensation d'une dette réciproque et que tu payes, ou qu'en cas de refus du créancier tu offres et consignes le surplus de ta dette, tu peux réclamer l'objet mis en gage. »

De même L. 20, § 2, D. *De statuliberis*, 40, 7 :

« Si un esclave a été affranchi par testament sous la condition de donner 10.000 sesterces à l'héritier, et que l'héritier doive (dette naturelle, bien entendu) 10.000 sesterces à l'esclave, si l'esclave déclare vouloir compenser, il sera libre (1). »

Il est donc certain qu'une déclaration de compensation équivaut parfaitement à des offres réelles suivies de consignation, lorsque les deux dettes sont fongibles.

On n'exige rien de plus que la déclaration du débiteur ; elle vaut offres réelles. On ne requiert rien d'analogue à la consignation (qui doit suivre les offres réelles, pour qu'elles libèrent) et voici pourquoi. L'offre réelle, non suivie de consignation, ne suffit pas pour libérer le débiteur, parce que, s'il se retire emportant son argent, il n'est plus certain que désormais il ne tienne qu'au créancier d'être payé ; le débiteur peut dissiper l'argent offert.

Au contraire, lorsque j'offre à mon créancier de compenser, tant que cette offre n'est pas retirée, il ne tient absolument qu'à lui d'obtenir une satisfaction équivalente au paiement : il n'a qu'à accepter mon offre. Il y a mieux : cette satisfaction, il l'a déjà, puisque je m'abstiens de lui réclamer ma créance.

Si proposer de compenser équivaut parfaitement à des offres réelles suivies de consignation, la décision du juge qui admettra la compensation n'aura qu'un effet *déclara-*

(1) Il faut supposer que le testateur avait légué le pécule à l'esclave, et que l'héritier a emprunté la somme en question au pécule.

tif, comme la sentence qui admet la validité des offres (1).

Quand le juge repousse la compensation, pour défaut de liquidité par exemple, et non pas, bien entendu, parce que la créance opposée n'existerait pas, il ne fait pas autre chose que ce que fait le juge qui refuse de valider des offres. Dans ce dernier cas le débiteur pourra retirer sa consignation, comme le débiteur qui a offert de compenser peut retirer son offre. Il pourra d'ailleurs y avoir mal jugé dans les deux cas, mais la question n'est pas là.

Le point à noter, c'est que le juge, quand il admet la compensation, ne fait que déclarer ma libération, comme en validant les offres et la consignation que j'aurais pu faire. On sait, en effet, qu'en cas d'offres validées la libération du débiteur date, non pas seulement du jugement de validité, mais du jour de la consignation.

Donc, la sentence du juge qui admet la compensation n'a qu'un effet déclaratif, elle n'opère qu'un résultat nouveau : elle empêche le défendeur de retirer son offre de compensation, absolument comme chez nous la sentence qui valide les offres de paiement enlève au débiteur le pouvoir de retirer sa consignation.

Voilà le système du projet de Code civil allemand et les arguments qu'on peut alléguer à l'appui, soit au point de vue des textes du droit romain, soit au point de vue de la raison.

Cette théorie toutefois, ne nous paraît pas pouvoir être adoptée sans réserve.

Irréprochable lorsque le débiteur qui déclare vouloir compenser se trouve créancier d'une somme égale ou supérieure au montant de sa dette, elle ne l'est plus lorsque sa créance n'en couvre qu'une partie. Alors, en effet, en signifiant son intention de compenser, c'est un paiement partiel seulement qu'il offre à son créancier, et

(1) Voyez Code civil, art. 1262.

ce dernier devrait pouvoir le refuser, à moins que le débiteur n'offre en même temps le surplus de sa dette, comme dans le cas de la L. 12, C. h. t.

Dans le cas de l'autre texte — la L. 20, § 2, D. *De statuliberis*, 40, 7 — l'esclave qui déclarait vouloir compenser était créancier d'une somme au moins égale aux 10.000 sesterces qu'il devait. Laissons-le donc de côté.

On le voit, les textes ne parlent que du cas où le créancier reçoit satisfaction intégrale, mais ils n'auraient pas résolu de la même façon sans doute l'hypothèse où la compensation ne libère qu'en partie le débiteur. En effet, les mêmes raisons ne militent pas dans les deux cas en faveur de celui qui compense :

« On comprend, dit M. Saleilles (1), que les Romains aient hésité à permettre à l'un des créanciers d'imposer à l'autre un paiement partiel. Pour que cela fût possible, il fallait supposer que l'un des deux créanciers prît les devants et poursuivît l'autre sans offrir lui-même le paiement de sa dette. Dans ce cas, c'est le poursuivant qui agissait irrégulièrement, puisqu'il demandait à être payé sans payer lui-même, et ce procédé de mauvaise foi justifiait l'exception de dol. »

Ajoutons qu'il justifiait aussi, sous Justinien, l'absolution partielle du défendeur.

Le demandeur reçoit ainsi, en même temps, un paiement partiel et un titre exécutoire pour le surplus. Rien de plus juste ! Que ne paye-t-il sa dette, s'il veut obtenir condamnation pour le tout ?

La doctrine que nous adoptons aboutit à des conséquences pratiques opposées selon que la déclaration du débiteur de vouloir compenser constitue ou non un paiement partiel.

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° 56.

S'il y a paiement partiel, alors :

1° L'offre de compenser ne met pas le créancier en demeure ;

2° Le débiteur qui a fait cette offre ne peut pas, prenant les devants, faire prononcer par la justice cette compensation partielle que l'autre partie refuse d'accepter ;

3° Le débiteur de la dette la plus forte ne saurait refuser le paiement intégral que lui offrirait le débiteur de la dette la plus faible, et déclarer qu'il tient cette dette pour compensée avec une partie de ce qu'il doit lui-même. Exemple :

Primus doit à Secundus 1000 sesterces sans intérêts, et Secundus doit à Primus 1500 sesterces portant un intérêt élevé. A l'échéance, Primus veut payer les 1000 qu'il doit. Secundus ne saurait, selon nous, refuser de les recevoir ; il ne peut imposer la compensation à Primus et ne plus lui devoir que 500 sesterces portant intérêts ; on voit l'avantage qu'il y aurait, il ne paierait plus l'intérêt que de 500 sesterces, tandis que, s'il est obligé de recevoir le paiement offert par Primus, il restera débiteur de 1500 sesterces portant un gros intérêt (1).

Eh bien, il ne peut refuser le paiement qu'on lui offre, car ce paiement est intégral, et composer ce serait imposer à Primus un paiement partiel. Secundus, pour être admis à compenser jusqu'à concurrence de 1000, devrait en même temps offrir à Primus la différence entre ces 1000 et les 1500 qu'il doit lui-même à Primus.

Voilà quel fut selon nous le système du droit romain

(1) Il ne faudrait pas objecter la cessation du cours des intérêts dont nous avons traité ci-dessus n° 10. Les intérêts cesseraient de courir jusqu'à concurrence de la dette de Primus qui est la plus faible, si Primus ne la payait pas à l'échéance, parce qu'alors il serait censé consentir à la compensation, comme nous l'avons vu. Mais précisément ici Primus se présente pour payer à l'échéance, et nous disons que Secundus ne saurait refuser ce paiement.

dans son dernier état. C'est aussi celui que dicte la raison :

L'offre de compenser ne peut équivaloir à des offres réelles suivies de consignation, que si elle n'impose pas au créancier un paiement partiel.

Autrement, et en outre toutes les fois qu'il n'y aura pas fongibilité, la volonté du débiteur ne suffit pas. Il ne peut plus être question que de compensation judiciaire. En cas de poursuite par un créancier qui lui-même ne s'acquitte pas, le défendeur peut être autorisé par justice à se payer de sa créance en retenant une partie de ce qu'il doit. C'est une raison d'équité qui dicte cette solution ; mais il faut craindre de favoriser les expédients moratoires ; de là l'exigence de la liquidité ; elle peut parfois paraître sévère, mais elle écartera en somme plus de chicanes que de justes réclamations.

24. — Arrivés au terme de cette étude, jetons un regard en arrière sur le chemin parcouru ; quels points saillants se détachent de l'ensemble et attirent particulièrement l'attention ?

Gaius nous a révélé les secrets de la procédure formulaire : grâce à lui nous connaissons les règles des deux actions du banquier et du *bonorum emptor ;* sans lui ici rien de sérieux n'était possible.

En dehors des renseignements fournis par Gaius, trois idées maîtresses nous paraissent dominer la matière :

1° Pour que l'exception de dol puisse être opposée avec succès, il faut qu'il y ait réellement dol, mauvaise foi manifeste. Un rescrit n'a pu créer un dol fictif. Il semble inutile d'insister là-dessus, et pourtant, cette vérité si évidente, ne l'a-t-on pas parfois perdue de vue ? De cette première idée résultent d'importantes conséquences que nous avons essayé de préciser.

2° La seconde idée est celle de la division, toujours possible, parfois obligatoire, d'une créance en deux

actions, en deux formules distinctes, division consacrée expressément par un texte que nous avons eu bien souvent l'occasion d'invoquer (1). Combien de difficultés, inextricables autrement, ce procédé si simple n'évite-t-il pas !

3° Enfin, le sursis à l'exécution de la sentence principale, jusqu'au jugement de la demande reconventionnelle, forme le troisième point. Cette faveur, octroyée au défendeur par des constitutions impériales qu'on a trop laissées dans l'ombre (2), explique seule l'évolution de la compensation depuis les Antonins jusqu'à Justinien. La reconvention, qui dans ces conditions suffit à tout, absorbe la compensation proprement dite. Les anciens procédés, devenus ainsi inutiles, et d'ailleurs intimement liés à la procédure formulaire, disparaissent avec elle.

Par suite, ce que plus d'un texte désigne par l'expression de compensation, ce que notre Code civil, qui les a reproduits, appelle lui-même de ce nom dans deux articles inexplicables autrement, c'est tout simplement la demande reconventionnelle.

Dumoulin, dans son célèbre traité de l'indivisibilité, offrait au lecteur trois fils d'Ariane pour le guider dans cet inextricable labyrinthe, et dix clefs pour en ouvrir toutes les portes.

Il n'est pas ici besoin d'un si grand appareil.

Malgré les redoutables difficultés du sujet, avec les Commentaires de Gaius et les trois idées rappelées à l'instant, tout s'explique, ce nous semble, le plus naturellement du monde : ce sont vraiment les clefs de la matière.

(1) L. 21, D. *De rebus creditis*, 12, 1.

(2) L. 1, § 4, D. *Quæ sententiæ*, 49, 8, texte de Macer que nous avons maintes fois signalé.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Coup d'œil général sur le sujet. — Méthode.

CHAPITRE II

De la compensation dans les actions de bonne foi sous la procédure formulaire.

CHAPITRE III

La compensation dans les actions de droit strict

Section I. — La formule « cum compensatione » de l'argentarius.

Section II. — La formule « cum deductione » du bonorum emptor.

CHAPITRE IV

Des mutuæ petitiones

Section I. — De la pluralité des actions entre les mêmes parties et des demandes reconventionnelles.

Section II. — Des demandes reconventionnelles tendant à une compensation.

CHAPITRE V

Le rescrit de Marc-Aurèle.

CHAPITRE VI

Autres systèmes sur le rescrit de Marc-Aurèle.

AVANT-PROPOS

Section III. — La compensation ipso jure.

Section IV. — Exclusion de la compensation dans certains cas.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES TEXTES (1)

Textes littéraires.

Textes juridiques.

LOIS

COMMENTAIRES DE GAIUS

(1) Les numéros en caractères gras indiquent les pages où les textes sont *reproduits* ou *commentés*. Ceux en caractères ordinaires renvoient aux pages où les textes sont simplement cités.

RÈGLES D'ULPIEN

SENTENCES DE PAUL

FRAGMENTS DU VATICAN

COLLATIO LEGUM MOSAÏCARUM ET ROMANARUM

CODE THÉODOSIEN

INSTITUTES DE JUSTINIEN

PARAPHRASE DE THÉOPHILE

DIGESTE

CODE DE JUSTINIEN

NOVELLES

BASILIQUES

COUTUME DE PARIS

CODE CIVIL

Lyon. — Imp. Pitrat Ainé, A. Rey Succ., 4, rue Gentil. — 11297

